



UNIVERSIDAD DE DEUSTO
DERECHO ECONOMICO Y DE LA EMPRESA

**Formación, selección y nombramiento del administrador
concursal: medidas imprescindibles para mejorar la
eficiencia de los procedimientos de insolvencia**

Tesis doctoral

Realizada por Leopoldo-E. Lopez Máñez
Dirigida por la Dra. Inmaculada Herbosa Martinez

La directora

El doctorando

Bilbao, 4 de junio 2021

Dedico esta tesis a las cuatro mujeres más importantes en mi vida:

A mi madre Belén, por su generosidad y ejemplo de vida.

Mama: los valores que me inculcaste han constituido el norte en mi vida. Gracias por tu amor.

A mi esposa, María Jesús, por su apoyo, amor y confianza en mí, demostrada desde el primer momento.

Solo una persona como tu puede llevar con amor y alegría un trabajo de investigación de estas características. Tu paciencia incansable, comprensión infinita y servicio incondicional, han sido la clave del éxito de la presente tesis doctoral.

A mis hijas, Regina y Alejandra, por su silencioso apoyo y comprensión.

Hijas, me siento orgulloso de ser vuestro padre.

Y al hombre que sería la persona más feliz del mundo si pudiera ver que su hijo se doctora en Derecho por la Universidad de Deusto.

Mi padre, Leopoldo (†).

Papa, espero que desde el cielo disfrutes de este momento.

Dra. D^a INMACULADA HERBOSA MARTINEZ, Profesora Titular de la Universidad de Deusto,

CERTIFICA:

Que la presente tesis doctoral titulada “Medidas para aumentar la eficiencia de los administradores concursales” ha sido realizada por D. Leopoldo Ernesto López Máñez bajo mi dirección, en el Programa de “Doctorado en Derecho económico y de la empresa” para la obtención del título de Doctor por la Universidad de Deusto.

Para que así conste a los efectos legales oportunos, se presenta esta tesis doctoral y se extiende la presente certificación en Deusto, a 4 de junio de 2021.

Fdo.: Inmaculada Herbosa Martínez

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a mi directora, Inmaculada Herbosa, sus sabios consejos, su apoyo incondicional, y sus palabras de ánimo en todo momento. Sin ella, sin su esfuerzo y sin su incansable dedicación, jamás habría visto la luz la presente tesis.

¡Gracias, Inma!, por creer en mí, por tu dirección rigurosa y exigente a la par que estimulante, por tu confianza y paciencia. Mi eterno agradecimiento.

También quiero agradecer a todos mis amigos, familiares, colaboradores y compañeros de profesión, por el apoyo prestado durante todo el tiempo de elaboración de esta tesis.

¡Gracias, amigos!, os lo agradezco de todo corazón.

Y, como no, quiero agradecer a la Universidad de Deusto, la posibilidad de haber hecho realidad el sueño de quien no pudo formarse en sus aulas.

INDICE.....	7
ABREVIATURAS	15
INTRODUCCION	19
1. Justificación y alcance de la investigación	19
2. Marco legal de la investigación.....	21
3. Objetivos que se pretenden alcanzar	24
4. Estructura y contenido del trabajo.....	26
I. SOBRE LA DIRECTIVA.....	31
1. Origen de la propuesta	32
1.1 Factores endógenos.....	34
1.2 Factores exógenos.....	35
2. Búsqueda de una mayor eficiencia en los procedimientos concursales de los Estados miembros de la UE	37
3. Estructura Directiva	40
3.1 Título I. Disposiciones generales.....	40
3.2 Título II. Marcos de reestructuración preventiva	40
3.3 Título III. Exoneración de deudas e inhabilitaciones	43
3.4 Título IV. Medidas para aumentar la eficiencia de los Procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.....	44
3.5 Título V. Seguimiento de los procedimientos de reestructuración insolvencia y exoneración de deudas.....	45
3.6 Título VI. Disposiciones finales	45
4. Contenido de la Directiva.....	46
5. Autoridad judicial o administrativa.....	48
6. Diferentes clases de procedimientos	50
6.1 Reestructuración	50
6.2 Exoneración	51
7. Diferentes categorías de administradores.....	52

8. Presupuestos de la Directiva	55
8.1 Presupuesto subjetivo	57
8.2 Presupuesto objetivo	57

II. SOBRE EL ADMINISTRADOR CONCURSAL

1. Definición.....	65
2. Naturaleza	68
2.1 Teoría de la representación	71
2.2 Teoría orgánica	76
2.3 Teoría del oficio y sus variantes	79
3. Configuración del órgano.....	82
3.1 Modelo público.....	82
3.2 Modelo acreedor	84
3.3 Modelo profesional	85
3.4 Modelo abierto.....	85
3.5 Modelo semi-abierto	86
3.6 Modelo adoptado por el legislador español	87
4. Los órganos de la administración concursal en ordenamientos	
Jurídicos europeos	89
4.1 Derecho alemán	89
4.2 Derecho francés	91
4.3 Derecho inglés	93
4.4 Derecho italiano.....	96

III. COLABORADORES DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL 99

1. Auxiliares delegados	100
1.1 Nombramiento	101
1.1.1 Requisitos.....	105
1.1.2 Resolución judicial.....	108
1.1.3 Efectos.....	110
1.2 Régimen legal de los auxiliares	110
2. Expertos independientes.....	112

3. Colaboradores internos.....	118
4. Crítica a la regulación legal.....	119
4.1 Auxiliares delegados.....	119
4.2 Expertos independientes	121
4.3 Colaboradores internos	122

IV. NECESARIEDAD DE NOMBRAMIENTOS DE UN

ADMINISTRADOR.....	123
1. Antecedentes históricos: las Ordenanzas de Bilbao.....	126
2. Régimen vigente al tiempo de la promulgación de la Ley concursal	130
2.1 Deudor no comerciante (LEC).....	131
2.2 Deudor comerciante (CCom).....	133
3. Ley concursal	138
4. Texto Refundido de la Ley Concursal	141

V. ADMINISTRACION CONCURSAL COMO MEDIDA CONCRETA

QUE DEBE ADAPTARSE PARA MEJORAR LA EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS.....	145
1. Reducción de la duración de los procedimientos.....	147
2. Reducción de los costes	148
3. La administración concursal como medida concreta	150
4. Otras medidas.....	153

VI. FORMACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES..... **157** |

1. Tratamiento de la formación en los textos legales.....	162
1.1 Versión originaria	163
1.2 Ley 38/2011, de 10 de octubre	166
1.3 Ley 17/2014, de 30 de septiembre.....	171
1.4 Texto Refundido de la Ley Concursal	172
2. Propuesta de Estatuto de la administración concursal	175
2.1 Requisitos de acceso	175

2.2 Propuesta personal	181
2.2.1 Modelo profesionalizado	181
2.2.2 Momento en que debe adquirirse la formación.....	183
2.2.3 Formación requerida para ser administrador	184
2.2.4 Quien debe impartir la formación	187

VII. SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR

CONCURSAL	189
1. Necesidad de previa diferenciación	189
2. El nombramiento, ¿es siempre obligatorio?.....	190
3. Nombramiento para casos concretos.....	191
3.1 Concursos de gran tamaño.....	192
3.2 Concursos con especialidades	195
3.2.1 Concurso de entidades de crédito	198
3.2.2 Concurso de entidad aseguradores o reaseguradores.....	199
3.2.3 Concurso de entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en el mercado secundario oficial	200
3.3 En particular, concursos con elementos transfronterizos	201
3.3.1 Reglamento 848/2016, de Parlamento y del Consejo de 20 de mayo	201
3.3.2 La Directiva 1023/2019	205
3.3.3 Legislación española	206
3.3.4 Los protocolos concursales	208
4. Selección del administrador	211
4.1 Selección directa por la autoridad judicial o administrativa.....	241
4.2 Selección aleatoria	221
4.3 Selección por otros métodos.....	224
4.4 Selección por el deudor, los acreedores o por una junta de acreedores	228
4.4.1 Selección por el deudor.....	228
4.4.2 Selección por los acreedores	230

5. Derecho proyectado	231
6. Composición del órgano de administración concursal.....	234
6.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal.....	234
6.2 Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal	237
6.3 Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial.....	239
6.4 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal	240
7. Condiciones subjetivas para el nombramiento del administrador concursal persona física	241
7.1 Regla general	242
7.2 Excepciones	244
7.3 Experiencia y forma de acreditarla	246
8. Condiciones subjetivas para el nombramiento de administrador concursal persona jurídica.....	249
8.1 Sociedades profesionales	254
8.2 Sociedades de capital	262
8.3 Representación de la persona jurídica	264
9. Posibilidad de oposición a la selección o al nombramiento de un administrador, o solicitar su sustitución.....	271
9.1 Oposición al nombramiento.....	272
9.1.1 Causas justificadas en las que puede fundarse el recurso.....	273
9.1.2 Legitimación	276
9.2 Recusación.....	281
9.2.1 Causas de recusación	282
9.2.2 La concurrencia de prohibiciones como causa específica de recusación.....	285
9.2.3 La concurrencia de incompatibilidades como causa específica de recusación.....	290

9.2.4 Régimen procesal.....	296
9.2.5 Consecuencia jurídicas.....	298
9.3 Separación.....	300
9.3.1 Causas de separación	302
a) Causa Subjetiva.....	304
b) Causas objetivas.....	305
9.3.2 Régimen procesal.....	317
9.3.3 Consecuencias jurídicas	318

VIII. OTROS ORGANOS DE ADMINISTRACIÓN PREVISTOS EN LA

DIRECTIVA.....	321
1. Figuras que contempla la Directiva.....	321
2. Administrador en materia de reestructuración	326
2.1 Definición y funciones.....	331
2.1.1 Asistencia al deudor o a los acreedores en la elaboración o negociación de un plan de reestructuración.....	332
2.1.2 Supervisión de la actividad del deudor mientras se negocia el plan	335
2.1.3 Tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones	338
2.1.4 Informar a la autoridad judicial o administrativa de las negociaciones del plan de reestructuración.....	339
2.2 Formación	340
3. Casos en los que procede el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración	344
4. Pre-pack o prepackaged concursal	352
5. Administrador en materia de exoneración	362
5.1 Presupuesto subjetivo de la exoneración	363
5.2 Presupuesto objetivo.....	364
5.3 Régimen general de la exoneración del pasivo insatisfecho	367
5.4 El acuerdo extrajudicial de pagos como medida de	

reestructuración preventiva.....	369
5.4.1 Mediador concursal.....	371
5.4.2 Funciones del mediador en el acuerdo extrajudicial de pagos.....	372
5.5 El concurso consecutivo	381
5.5.1 Nombramiento de administrador mediador	381
5.5.2 Desactivación del deber de confidencialidad.....	384
5.5.3 Limitación de la retribución.....	385
CONCLUSIONES	391
Previa.....	391
Primera.	392
Segunda. Formación <i>ex ante</i> : necesidad de la superación de pruebas de acceso.....	393
Tercera. Formación <i>ex post</i> : necesidad de formación permanente.....	394
Cuarta. Sobre los conocimientos especializados.....	395
Quinta. Conocimientos necesarios en materia de reestructuración y exoneración	396
Sexta. Sobre las condiciones de admisibilidad	397
1. Sobre la claridad	398
2. Sobre la transparencia.....	399
3. Sobre la justicia.....	399
Séptima. Sobre las condiciones del procedimiento para el nombramiento	400
Octava. Sobre las condiciones del procedimiento para la revocación o separación.....	401
Novena. Conocimientos y experiencia necesarios para un caso concreto, incluidos los casos con elementos transfronterizos.....	402
1. Conocimientos para un caso concreto	402
2. Concursos con elementos transfronterizos	403
3. Conclusión aplicable a ambos supuestos.....	404

Décima. Sobre la posibilidad de oposición a la selección o al nombramiento	405
Décimoprimera. Régimen de la intervención de terceros	405
1. Auxiliares delegados.....	406
2. Expertos independientes	406
3. Experto independiente por aplicación del protocolo pre-pack	407
Décimosegunda. Valoración final.....	408
EPILOGO	410
BIBLIOGRAFÍA	411

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art. (Arts.)	Artículo (s)
ASPAC	Asociación Profesional de Administradores Concursales
BM	Banco Mundial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CCAA	Cuentas anuales
Ccom	Código de Comercio
CCom	Código de Comercio
CE	Comisión Europea
Cfr.	Compara
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CiU	Convergencia i Unió
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

COM	Comisión Europea
Coord.	Coordinador
DC	Derecho Concursal
Dir./Dir.	Director/es
ECLI	Identificador Europeo de Jurisprudencia
EEE	Espacio Económico Europeo
EEUU	Estados Unidos de América
Ej.	Ejemplo
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
Ex.	Relativo a
FMI	Fondo Monetario Internacional
FROB	Autoridad de Resolución Ejecutiva
IAAF	Mercado de Renta Fija Corporativa
ICAC	Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas
INE	Instituto Nacional de Estadística

Inso	Ordenanza alemana de la insolvencia (Insolvenzordnung)
JMer	Juzgado de lo Mercantil
JURI	Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo
LC	Ley Concursal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LETT	Ley de Empresas de Trabajo Temporal
LMV	Ley de Mercado de Valores
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MEEF	Mercado Oficial de Futuros y Opciones
Op. Cit.	Obra Citada
OPV	Oferta Pública de Venta
P./pp.	Página (s)
PE	Parlamento Europeo
PYMES	Pequeñas y Medianas Empresas
RD	Real Decreto

RDL	Real Decreto Legislativo
REFor	Registro de Economistas Forenses
ROAC	Registro Oficial de Auditores de Cuentas
ROJ	Repositorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
T.	Tomo
TAP	Turno de Actuación Profesional
TRLC	Texto refundido de la Ley concursal
UE	Unión Europea
UMC	Unión de Mercados de Capitales
Vid.	Véase
Vol.	Volumen
VV.AA.	Varios Autores

INTRODUCCION

El objetivo de este Capítulo es servir de introducción a esta tesis. Durante el desarrollo de la misma se expondrá la justificación, alcance, marco legal, objetivos y estructura de la presente investigación.

En el apartado referente a la “justificación y alcance” definirán los límites del objeto de la investigación, separando los aspectos que quedan dentro del estudio de aquellos que se relegan a trabajos posteriores. En el “marco legal” se desarrolla el propósito de la tesis doctoral, de modo que sirva para entender por qué se ha planteado este tema como avance en el conocimiento.

En el apartado referente a “objetivos”, se especificarán aquellos de carácter general que se pretenden alcanzar a lo largo de la tesis. Finalmente, se describe la “estructura y contenido” del trabajo, que ayudará a situar al lector a lo largo del desarrollo de la exposición.

1. Justificación y alcance de la investigación

Desde que me colegié como abogado en 1982, toda mi vida profesional me he dedicado a la insolvencia desde los tres ángulos posibles: como letrado del insolvente o del acreedor, o como integrante del órgano del concreto procedimiento de insolvencia que se tratase. He tenido la fortuna de desempeñar los cargos de depositario, comisario y síndico en las quiebras; interventor en las suspensiones de pagos; y administrador en los concursos de acreedores que se declaraban bajo el régimen de las derogadas normas del Código de Comercio, por lo que he sido testigo directo de la evolución de la regulación de la insolvencia en nuestro Derecho.

En la legislación derogada, al inicio del procedimiento y en una sola jornada en presencia de los acreedores, se procedía al reconocimiento y la calificación de los créditos, lo que resultaba muy eficaz por la razón que en ese momento quedaban cuantificadas y calificadas las deudas de forma definitiva. Por otra parte, también existía

una junta de acreedores para el nombramiento de interventores o síndicos, por lo que aquellos tenían la posibilidad de pronunciarse, proponiendo a la persona que les debía representar, o impugnando el propuesto por otros.

La Ley concursal de 2003 se articuló sobre el principio básico de la unidad que se proyectaba en tres vertientes: unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema, lo que fue muy bien recibido por la doctrina, contemplado una administración concursal trimembre, sustituida más tarde por un órgano unipersonal, en la que el administrador concursal era designado por el juez de forma discrecional, partiendo de unas listas previamente confeccionadas. Pero con la perspectiva que da el paso del tiempo, se puede observar que quizás el legislador español no acertó con el sistema elegido, con la consecuencia directa de la pérdida de eficiencia de los procedimientos concursales, que, contrariamente a la voluntad del legislador, se han visto demorados en el tiempo más de lo debido¹.

Cuando leí por primera vez la propuesta de Directiva en la que, entre otras cuestiones importantes como la reestructuración preventiva o la exoneración de deudas, se abordaba el tema de la mejora de la eficiencia (pérdida) de los procedimientos concursales, poniendo el acento en la administración concursal, consideré que era el momento de realizar un trabajo de investigación sobre este tema.

Una vez la propuesta se convirtió en Derecho positivo mediante la promulgación de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, inicié el presente trabajo de investigación que consiste en determinar qué medidas legislativas se pueden adoptar para aumentar la eficiencia de los administradores concursales en los procedimientos de insolvencia, fundamentalmente en lo que respecta a su formación, procesos de selección y nombramiento.

Cinco son las principales medidas que la Directiva considera se deben adoptar para aumentar la eficiencia de los procedimientos concursales: a) que las condiciones de

¹ Incluso al día de finalización de esta tesis, aún existen concursos declarados en 2004 que no han sido concluidos.

admisibilidad y el procedimiento para el nombramiento de los administradores sean claros, transparentes y justos; b) que se tengan en cuenta los conocimientos, la experiencia del administrador concursal y las particularidades del caso al nombrar un administrador para un caso concreto, incluidos los casos con elementos transfronterizos; c) que los deudores y acreedores tengan la posibilidad de oponerse a la selección o al nombramiento del administrador concursal, o solicitar su sustitución; d) que el trabajo de los administradores sea supervisado de manera efectiva para garantizar que prestan sus servicios de manera eficiente y competente; e) y que la retribución de los administradores se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos.

Los límites objeto de la investigación, lo constituyen las tres primeras medidas enunciadas, por cuanto solo a ellas voy a referirme en el presente trabajo, dejando para una ulterior investigación, aspectos muy importantes para lograr la eficiencia de los procedimientos pretendida por el legislador europeo, como son la supervisión y la retribución de los administradores concursales, que por si mismas, dado su carácter específico y su complejidad, son susceptibles de un análisis separado.

Aunque el trabajo de investigación se centra únicamente en la figura del administrador concursal en materia de insolvencia, también se abordarán, aunque en menor medida otras figuras, como el administrador en materia de reestructuración y el administrador en procedimientos de exoneración de deudas, sin olvidar al auxiliar delegado y los expertos independientes regulados por el TRLC.

2. Marco legal de la investigación

Cuando en fecha 1 de septiembre de 2004 entro en vigor la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, la economía española se encontraba en un período de crecimiento económico ininterrumpido muy elevado, con unas perspectivas de continuidad claras, liderando el crecimiento económico entre los países avanzados. Pero durante el año siguiente, los principales indicadores macroeconómicos sufrieron una evolución adversa y los efectos se desplegaron no sólo a nivel económico sino también en el plano político y social.

El alto volumen de los procesos de insolvencia instados en los juzgados españoles tras la crisis mundial surgida en 2008 dejó patente en nuestra legislación distintas disfuncionalidades del sistema, que llevó a seis reformas de la Ley concursal entre 2009 y 2015. Desde mi punto de vista, la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley concursal no ha superado las disfuncionalidades existentes, por lo que urge, como está previsto, una rápida modificación legislativa que desemboque en una resolución más eficientes de los procedimientos.

El deterioro de la economía en toda Europa evidenció, por lo que ahora interesa, la necesidad de establecer medidas que impliquen a la administración concursal para conseguir mayores cotas de eficiencia en los juzgados, con el fin de reducir su duración. Y, junto a ellas, la necesidad de establecer unos marcos eficientes de reestructuración preventiva y mecanismos para que las personas físicas tengan acceso a un sistema que les permita una completa exoneración de deudas.

La mejora de la eficiencia en los procesos concursales es uno de los aspectos mejorables en su tramitación a la vista de los antecedentes de los últimos años, en los que la duración de los procesos ha sido excesiva (cuando no escandalosa) en algunos casos, aún a pesar de la mejora que en la Ley Concursal introdujo la Ley 38/2011, de 10 de octubre². En efecto, se debe acortar en lo posible el periodo de incertidumbre que supone un proceso de insolvencia tanto para una sociedad capaz de ser reestructurada, o con unidades productivas susceptibles de funcionar, como para aquellas capaces de alcanzar un convenio con sus acreedores. La prolongación en el tiempo del proceso solo conduce a una pérdida de crédito reputacional empresarial, y a un empeoramiento de la situación.

Siendo consciente el legislador europeo de estas circunstancias, redactó la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración,

² Dicha Ley instauró la comunicación electrónica del proyecto de inventario y lista de acreedores con carácter previo a la emisión del informe, evitando con ellos incidentes innecesarios; y eliminando los plazos mínimos para solicitar la apertura de la liquidación.

insolvencia y exoneración de deudas³, que va a suponer un giro muy importante en el tratamiento de la insolvencia en el Derecho español, y la necesaria modificación de nuestra legislación.

Para lograr una mayor eficiencia de los procedimientos, deben reducirse las diferencias entre los Estados miembros que obstaculizan la reestructuración temprana de los deudores viables en dificultades financieras y la posibilidad de que los empresarios de buena fe obtengan una exoneración de deudas. Para lograr este objetivo resulta imprescindible que las legislaciones europeas se armonicen estableciendo procedimientos similares, o de aplicación práctica similar, en todos los países miembros de la Unión. En especial, resulta necesario una mayor coordinación en materia de reestructuración empresarial para evitar que empresas españolas acudan al cobijo de otras legislaciones europeas, como la Británica, que prevén mecanismos de reestructuración de deuda a través de un procedimiento flexible, ágil y rápido que concluye con la sanción judicial del acuerdo de refinanciación y la imposición de sus efectos a los acreedores disidentes, participantes o no, titulares o no de garantías reales (los conocidos como *Scheme of Arrangement*), y, en todo esto juega un papel fundamental la figura del administrador concursal considerada en su sentido más amplio.

La reducción de la duración de los procedimientos contribuye a incrementar los porcentajes de recuperación de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traduce en una mayor pérdida de valor del deudor o de su empresa. Por ello, unos marcos eficientes de reestructuración preventiva y exoneración de deudas dirigidos por un profesional de la insolvencia cualificado permitirían evaluar mejor los riesgos de las decisiones sobre préstamos y créditos, y facilitarían la adaptación de los deudores insolventes o sobreendeudados, al reducir al mínimo los costes económicos y sociales derivados de sus procesos de despalancamiento.

La Directiva relaciona la eficiencia con dos aspectos: el devenir de las empresas que son objeto del procedimiento, y la tramitación del procedimiento. En relación con el

³ En adelante, “la Directiva”.

primero, considera que un procedimiento se resolverá de forma eficiente cuando se obtengan resultados favorables para la conservación de las empresas y para permitir una segunda oportunidad a los empresarios o una eficiente liquidación en el caso de empresas inviables. Y en relación con el procedimiento, la Directiva relaciona la eficiencia con la duración, transparencia y previsibilidad. En cuanto a la duración (relacionada también con la previsibilidad), contribuye a la seguridad jurídica de acreedores e inversores, y permite mayores porcentajes de recuperación. Y la transparencia se relaciona con las condiciones de acceso y nombramiento del administrador concursal.

3. Objetivos que se pretenden alcanzar

La Directiva dedica a los administradores concursales los artículos 26 y 27 dentro del título IV relativo a las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. La ubicación sistemática de los preceptos pone la figura del administrador concursal en relación directa con la mayor eficiencia que se espera obtener en dichos procedimientos. En esta línea, se refiere de modo expreso a los mecanismos para garantizar que los administradores presten sus servicios de forma eficiente y competente, y que los administradores concursales sean nombrados de manera transparente teniendo debidamente en cuenta la necesidad de garantizar la eficiencia de los procedimientos.

De los distintos modelos de administración concursal, la legislación española optó por un modelo basado en una composición integrada por sujetos especialistas en la gestión de estados de crisis económica con formación en materia concursal y dedicación exclusiva, previendo un sistema unipersonal compuesto por administradores concursales que se integran en un registro sito en el Ministerio de Justicia como titulares de una “organización profesional” adecuada para ejercer las funciones del cargo.

Me muestro más partidario del modelo semi abierto por el que opta la Directiva, cuya característica esencial reside en que los sujetos elegibles forman parte de unas listas previamente elaboradas que quedarán a disposición de los juzgados. Este modelo se presenta como un híbrido entre el modelo abierto puro y el modelo profesional, pero más

cercano al primero. En este sistema de designación, la discrecionalidad y capacidad de elección del órgano dependerá directamente del grado de exigencias subjetivas para integrarse en las listas y del modo en que se formen dichas listas.

El objetivo general que se pretende alcanzar en esta tesis consiste en analizar si se pueden adoptar medidas para aumentar la eficiencia de los administradores concursales (y con ello mejorar la eficiencia de los procedimientos de insolvencia), introduciendo modificaciones en la legislación española, o si dicha mejora es innecesaria por cuanto las previsiones legales cuentan con mecanismos suficientes para lograr la eficiencia pretendida por la Directiva.

Para lograr el objetivo propuesto, se realiza un análisis del contenido de la legislación española poniéndola en relación con las previsiones que contempla la Directiva, todo ello bajo la óptica de la administración concursal. Se analiza si la regulación actual en Derecho español de la formación es suficiente, o debe ser modificada para lograr una mayor eficiencia de los procedimientos. De igual forma, se analiza si modificando los procedimientos de selección y nombramiento de los administradores se puede alcanzar el objetivo propuesto, y si evitar conflictos de intereses entre deudores y acreedores, también supone una mejora de la eficiencia pretendida.

La metodología del presente trabajo ha partido del uso de las fuentes de información tradicionales en el ámbito jurídico: normas jurídicas (se han manejado textos legislativos autonómicos, estatales, comunitarios e internacionales, buscando, en la medida de lo posible, un enfoque comparado en sus aspectos básicos), doctrina especializada y jurisprudencia. A las anteriores se ha unido la consulta de informes de diversas instituciones privadas y organismos públicos de ámbito nacional, europeo e internacional, relevantes en atención a la materia tratada.

Deseo subrayar que mi experiencia profesional como abogado especializado en la insolvencia, ha resultado especialmente útil en la elaboración de la tesis doctoral, por la proximidad a la realidad de la aplicación de las normas que supone.

4. Estructura y contenido del trabajo

Para cumplir el objetivo propuesto, tomo como punto de partida la estructura de la Directiva, identificando sobre ella aquellos aspectos sobre los que depende la eficiencia de los procedimientos, así como también los antecedentes legislativos de la propia Directiva.

El presente trabajo se estructura en ocho Capítulos. El Capítulo I tiene por finalidad el análisis de la Directiva. Partiendo del origen de la propuesta y con el objetivo de la búsqueda de una mayor eficiencia en los procedimientos concursales de los Estados miembros de la Unión, analizo su contenido y estructura. Estudio si debe atribuirse la competencia para la tramitación de los procedimientos, a una autoridad administrativa o judicial, así como los diferentes tipos de procedimientos previstos en la Directiva: la insolvencia, tal y como se configura en Derecho español, la reestructuración y los procedimientos que desembocan en la exoneración de deudas, lo que conlleva a dedicar un apartado para analizar si la figura de los administradores concursales, es la misma que la figura de los designados en procesos de reestructuración y exoneración de dudas.

El Capítulo II se encuentra dedicado en exclusiva a la figura del administrador concursal. Se aborda su posible definición, las distintas teorías sobre cuál debe ser su naturaleza jurídica, así como los diferentes modelos existentes para configurar el órgano, con especial referencia al modelo adoptado por el legislador español. Para completar el análisis de la figura del administrador concursal, incorporo un apartado en el que se expone, siquiera brevemente, la configuración del órgano en las legislaciones alemana, francesa, inglesa e italiana.

En el Capítulo III abordo las figuras de los colaboradores de la administración concursal, analizando en profundidad al auxiliar delegado, en cuanto a su nombramiento y régimen legal; así como a los expertos independientes y los colaboradores internos, que son muy importantes para que la labor del administrador concursal se realice con eficiencia.

El Capítulo IV con el objeto de averiguar si verdaderamente es necesario el nombramiento de un administrador en los procesos concursales, ahondo en los antecedentes de la institución objeto de estudio en el ordenamiento jurídico español. Para ello, comienzo con el tratamiento de la figura del administrador concursal en las Ordenanzas de Bilbao, por la importancia que tuvo no solo en España, sino en las legislaciones europeas. Tras ella, examino el régimen anterior a la Ley concursal, que preveía dos situaciones: que el deudor fuese comerciante o no lo fuese, para pasar a la Ley concursal y de ahí a las normas que constan en el Texto refundido.

En el Capítulo V se analizan las medidas concretas que la Directiva considera deben adoptarse para mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales, por lo que, tras el análisis de la reducción de la duración de los procedimientos, y la reducción de sus costes, se aborda a la administración concursal como medida concreta, finalizando el Capítulo con la posibilidad de adoptar otras medidas.

En el Capítulo VI estudio de forma separada y con mucho detalle la formación de los administradores concursales por cuanto es una de las principales medidas que considero puede adoptarse para mejorar la eficiencia de los administradores concursales, y uno de los objetivos de esta tesis. Comienza el Capítulo por el tratamiento de la formación en los textos legales españoles, desde la versión originaria de la Ley concursal, pasando por las Leyes 38/2011 y 17/2014, hasta llegar a las previsiones contenidas en el actual Texto refundido. La segunda parte del Capítulo está referida a la propuesta de Estatuto de la administración concursal, con análisis de los requisitos de acceso y con una propuesta personal que contiene el modelo profesionalizado por el que particularmente opto, y abordo las cuestiones de cuando considero que debe adquirirse la formación, cuál debe ser la formación requerida, y quien debe impartirla.

En el Capítulo VII analizo con detalle la selección y nombramiento de los administradores concursales, incluyendo en el mismo las medidas previstas por la Directiva y que necesariamente han de ser objeto de estudio pormenorizado, puesto que se trata de medidas que pueden adoptarse para mejorar la eficiencia de los procedimientos, que también constituyen el objeto de esta tesis. Tras efectuar la necesaria

previa diferenciación entre ambos, paso a estudiar si resulta siempre necesario el nombramiento de un administrador, con especial detenimiento en las designaciones para un caso concreto, extendiéndome en los concursos de gran tamaño, aquellos que tienen especialidades, y los que cuentan con elementos transfronterizos. Dentro del apartado concreto de la selección, se analizan los distintos sistemas: tanto la aleatoria, como la que pueden realizar el deudor o los acreedores, y que prevé el Derecho proyectado.

Realizo un examen de la evolución histórica de la composición del órgano de administración desde la versión original de la Ley concursal, y me adentro en el estudio de las condiciones subjetivas para el nombramiento de administrador concursal, tanto si es persona física como jurídica. Abordo la problemática de las personas jurídicas que pueden ser designadas administradores, deteniéndome en la regulación de las sociedades profesionales y las de capital, así como en la persona que haya de representarlas. En otro apartado del Capítulo, analizo la posibilidad de oposición a la selección o al nombramiento por parte de otros interesados en el concurso, con especial detenimiento en la separación del cargo. Examino el concepto de justa causa, y los deberes de diligencia, lealtad e imparcialidad que debe presidir toda actuación del administrador concursal, así como el incumplimiento grave de las funciones del administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o lista de acreedores a favor del demandante por una cuantía igual o superior al 20% de la masa activa o de la lista de acreedores, como las dos causas objetivas de separación previstas en el Texto refundido.

En los últimos apartados del Capítulo abordo la recusación y el estudio en profundidad de las incompatibilidades y prohibiciones para ejercer como administrador concursal, como causas de revocación.

El Capítulo VIII se analizan los otros dos órganos de administración previstos en la Directiva: el administrador en materia de reestructuración y el designado en los procedimientos que tengan por objeto la exoneración de deudas. En relación con el primero, el estudio comprende su definición y las funciones que la Directiva considera debe desempeñar, con especial detenimiento en la asistencia al deudor y los acreedores en la elaboración y negociación de un plan de reestructuración; en la supervisión de las

actividades del deudor mientras se negocia el plan; y la toma del control parcial de los activos y negocios del deudor. Se aborda la formación y los casos en los que procede el nombramiento del administrador en materia de reestructuración, y se concluye con el análisis de la figura del pre-pack que recientemente están aplicando muchos tribunales españoles.

En la segunda parte del Capítulo, procedo a analizar el régimen general de exoneración del pasivo insatisfecho, los acuerdos extrajudiciales de pagos como medida de reestructuración preventiva, y el concurso consecutivo, en cuyo seno, según la legislación española, se puede solicitar, y obtener, la exoneración del pasivo insatisfecho.

Y se cierra la presente tesis con una serie de conclusiones, a modo de propuesta personal donde el lector podrá constatar si el sistema propuesto resulta plenamente eficaz para obtener la finalidad perseguida, efectuando en la última de ellas, una reflexión final que las resume.

I. SOBRE LA DIRECTIVA

No ha sido hasta el período comprendido entre los años 2007 y 2015 cuando realmente se puede hablar de un cambio de paradigma en el tratamiento de las crisis económicas, motivado en cierta medida, pero no sólo, por la crisis económica generalizada que ha “asolado” Europa durante ese período temporal⁴.

El proceso de armonización de la normativa sustantiva en materia de insolvencia se inició por el Comité de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo en 2010. Dicho Comité encargó a INSOL Europe⁵ que elaborase un informe sobre la “Armonización del Derecho de Insolvencia a nivel de la UE”⁶, en el cual se realizó un análisis de los procedimientos de insolvencia incluidos en los Anexos A y B del Reglamento 1346/2000, respecto 7 países comunitarios: Alemania, España, Francia, Italia, Polonia, Reino Unido y Suecia. El estudio permitió identificar las aéreas del Derecho de Insolvencia aptas para la armonización de mayor importancia, entre ellas, las reglas concernientes a la adopción, modificación y contenido de los planes de reestructuración⁷.

Las recomendaciones del Informe fueron tomadas en cuenta por el Parlamento Europeo, quien adoptó una Resolución sobre los procedimientos de insolvencia⁸, que incluía recomendaciones para armonizar aspectos específicos de las legislaciones nacionales en materia de insolvencia, incluidas las condiciones de establecimiento, los efectos y el contenido de los planes de reestructuración.

⁴ PULGAR EZQUERRA, J., “Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia”, *Revista Española de Derecho Europeo*, 60 octubre – Diciembre 2016, p. 28.

⁵ Las siglas en ingles constituyen el acrónimo de: *professional association for European restructuring and insolvency specialists*. Para más información sobre esta asociación puede consultarse su sitio web: <https://www.insol-europe.org/>.

⁶ La versión inglesa del Informe se encuentra disponible en: <https://www.insol-europe.org/eu-study-grouppublications>.

⁷ La totalidad de las áreas del Derecho de la Insolvencia aptas para la armonización de mayor importancia identificadas por el estudio pueden encontrarse en: *Insol Harmonization of Insolvency Law at EU Level*, Note, 2010, p. 33.

⁸ Resolución de 15 de noviembre de 2011, con recomendaciones a la Comisión, sobre *El procedimiento de insolvencia en el marco del Derecho europeo de sociedades*, P 7_TA (2011) 0484.

La armonización en materia de insolvencia es un objetivo perseguido por la Comisión Europea desde hace ya algún tiempo⁹. Sin embargo, no ha sido sino hasta la publicación de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*, (en adelante la Directiva) cuando se ha armonizado sustantivamente en el marco Europeo el Derecho de la Insolvencia, lo que contrasta con la armonización procesal de la materia.¹⁰

El objetivo de la Directiva¹¹ es eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las legislaciones y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia y segunda oportunidad.

La Directiva pretende eliminar tales obstáculos logrando que las empresas viables que atraviesan dificultades financieras no terminen en insolvencia y, aún menos, en liquidación (eficacia *ex post* de los procedimientos de insolvencia); que los empresarios sobreendeudados honestos cuenten con una segunda oportunidad tras la plena condonación de sus deudas después de un período de tiempo razonable; y que se mejore la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y condonación, en particular con el fin de reducir su duración¹².

1. Origen de la propuesta

⁹ A nivel europeo se ha perseguido esta armonización desde el año 2000 (Reglamento CE nº 1346/2000 del Consejo) sobre procedimientos transfronterizos de insolvencia. Así, hay que citar en conexión con el informe de INSOL Europe (2010) «Harmonisation of Insolvency Law at EU Level European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs PE 429633».

¹⁰ A través del Reglamento de Insolvencia Transfronteriza (Reglamento CE nº 1346/2000 del Consejo), que regula cuestiones de competencia, reconocimiento, ejecución, legislación aplicable y cooperación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia y cuyo proceso de revisión normativa finalizó con el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, disponible en http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?OJ%3AJOL_2015_141_R_0002, que entró en vigor el 26 de junio de 2017.

¹¹ Considerando 1 de la Directiva.

¹² NEBOT SEGUI, R., "Propuesta de Directiva de insolvencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, febrero 2017, p. 356

El afán de la Comisión Europea por aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración de deuda en el Espacio Económico Europeo obedece a una serie de factores, tanto endógenos como exógenos, que fueron lo suficientemente estimulantes como para proyectar una propuesta de Directiva que alineara los procedimientos provistos en las legislaciones nacionales de los Estados Miembros de la UE y que, de este modo, permitiera avanzar en lo perseguido por otros instrumentos jurídicos supranacionales en la materia¹³.

Recogiendo la Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014, sobre prevención de la insolvencia dentro del Mercado Único, la Directiva¹⁴ contempla la necesidad de que los Estados miembros cuenten con un procedimiento rápido, flexible y ágil de reestructuración temprana, partiendo de una serie de presupuestos que atañen por una parte al deudor, como el que una empresa sea viable y su situación financiera no pueda solventarse ni mediante una solución contractual, ni con su venta en el mercado; y por otra parte, condiciones exógenas, motivadas por el hecho de que una solución contractual, que pasa por obtener el consentimiento individual de todos y cada uno de los afectados (deudor y acreedores), no resulta factible¹⁵.

¹³ Un mayor grado de armonización de la legislación en materia de insolvencia es esencial para el buen funcionamiento del mercado único y de una auténtica Unión de los Mercados de Capitales. Esta es la razón por la que la cuestión ha despertado un considerable interés a escala de la UE. Los asuntos relacionados con la insolvencia tienen una fuerte dimensión a escala de la Unión. Un mercado único cada vez más interconectado con una dimensión digital cada vez mayor significa que muy pocas empresas son puramente nacionales cuando se tienen en cuenta aspectos como su base de clientes, su cadena de suministro, su ámbito de actividad y la base de capital del inversor (por no mencionar sino una pequeña parte de entre sus diferentes aspectos). Es importante señalar que los asuntos relacionados con la insolvencia constituyen también un elemento disuasorio para la expansión transfronteriza y las inversiones. Muchos inversores mencionan la incertidumbre sobre las normas en materia de insolvencia o el riesgo de largos o complejos procedimientos de insolvencia en otro país como una de las razones principales para no invertir o no mantener una relación comercial fuera de su propio país. La mayor convergencia de los procedimientos de insolvencia y de reestructuración facilitaría una mayor seguridad jurídica para los inversores transfronterizos y promovería la rápida reestructuración de sociedades viables con dificultades financieras. La ineficiencia y divergencia de las legislaciones en materia insolvencia dificulta la tarea de los inversores de evaluar los riesgos de crédito, especialmente cuando se plantean realizar inversiones transfronterizas. Un mayor riesgo transfronterizo compartido, unos mercados de capitales más sólidos y líquidos y la diversificación de las fuentes de financiación para las empresas de la UE estrecharán la integración financiera, reducirán los costes de la obtención de crédito y aumentarán la competitividad de la UE.

¹⁴ Consciente de que, en esa situación previa o inmediatamente anterior a la insolvencia, pueden producirse los mismos problemas y dificultades que en un concurso, y que viene dadas por la tensión entre la defensa del interés de los acreedores, frente a la defensa de los intereses del concursado y del propio concurso.

¹⁵ GARCIMARTIN ALFEREZ, F., *“La propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad, el arrastre de acreedores disidentes y la llamada “regla de prioridad absoluta”*,

A efectos sistemáticos conviene distinguir entre unos factores que son endógenos, de otros exógenos, lo que pasamos a desarrollar:

1.1 Factores endógenos

Como factores endógenos que determinen la necesidad de aumentar la eficiencia de los procedimientos, podemos señalar:

- a) El contexto-jurídico económico presente en la Unión Europea, en especial tras la crisis financiera del 2007, transcurrida la cual una gran cantidad de empresas se vieron imposibilitadas de hacer frente a sus obligaciones financieras.¹⁶ Fenómeno que inevitablemente trajo consigo una proliferación de procedimientos concursales en el conjunto del espectro de la Unión, lo que puso de manifiesto las carencias de algunos regímenes nacionales para solventar con eficacia los procedimientos iniciados en sus respectivas jurisdicciones¹⁷.
- b) La necesidad de consolidación del mercado interior, evitando la fragmentación en treinta reglamentaciones distintas sobre procedimientos de insolvencia (teniendo en cuenta a Noruega, Islandia y Liechtenstein), lo que puede suponer un claro obstáculo a los movimientos de capitales transfronterizos y, por ende, un desincentivo para el inversor¹⁸.

2017, consultada en <https://almacendeDerecho.org/los-mecanismos-arrastre-acreedores-disidentes-la-llamada-regla-prioridad-absoluta>.

¹⁶ VALIANTE, D., “Europe's Untapped Capital Market: Rethinking integration after the great financial crisis”, *CEPS Paperback, London: Rowman & Littlefield International*, 2016.

¹⁷ Impact Assessment de la Comisión Europea: *Impact assessment study on policy options for a new initiative on minimum standards in insolvency and restructuring law*, JUST /2015/JCOO/FWCIVI0103 FRAMEWORK CONTRACT ENTR/172/PP/2012FC LOT 2, 2015, pp. 1-133

¹⁸ El objetivo fundamental de la propuesta consiste en reducir los obstáculos más importantes a la libre circulación de capitales derivados de las diferencias entre los Estados miembros en materia de marcos de insolvencia y de reestructuración. El objetivo es que todos los Estados miembros cuenten con principios clave sobre los marcos efectivos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad y las medidas para lograr que todos los tipos de procedimientos de insolvencia sean más eficientes mediante la reducción de su duración y de los costes asociados y mejorar su calidad. Más concretamente, estos marcos tienen por objeto ayudar a incrementar la inversión y oportunidades de empleo en el mercado único, reducir la innecesaria liquidación de empresas viables, evitar una pérdida de puestos de trabajo, impedir que se acumulen prestamos no productivos, facilitar operaciones de reestructuración transfronterizas y reducir los costes y aumentar las oportunidades para que los empresarios honrados puedan retomar su actividad.

- c) Asimismo y en línea con el objetivo de consolidación del mercado interior, otro de los elementos impulsores de la propuesta vino dado por la necesidad de dotar de mayor eficacia al proyecto de Unión Bancaria cuando éste estaba siendo diseñado por las instituciones.¹⁹ Como más tarde vino a explicar la Comisión Europea al destacar, con relación a la consolidación de la Unión Bancaria, que la ineficiencia y divergencia del Derecho Concursal en la Unión Europea dificultan la valoración del riesgo de los créditos y que, por tanto, se estimaba necesario adoptar medidas armonizadoras que aumentaran la certidumbre legal.²⁰ Esta fue también la voluntad individual de los Estados miembros tal cual quedó recogida en las reuniones del Consejo de la Unión celebradas seis meses antes de la publicación de la propuesta de Directiva por la Comisión Europea.²¹ En este mismo sentido se pronunció el llamado “Eurogrupo”, quien estimó que la Directiva de reestructuración, insolvencia y segunda oportunidad también ayudaría a profundizar en la integración de la zona euro por medio del fortalecimiento de la Unión Bancaria²².

1.2 Factores exógenos

Como factores exógenos a la estructura institucional de la Unión destaca la presión ejercida por los foros multilaterales de carácter internacional que proporcionan determinadas organizaciones internacionales. Así, las organizaciones que nacieron de los acuerdos del Bretton Woods, Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, tomaron

¹⁹ «Hacia la culminación de la unión bancaria», Comisión Europea, COM (2015) 587 final, de 24 de noviembre de 2015.

²⁰ Las Conclusiones del Consejo de julio de 2016 sobre una hoja de ruta para completar la Unión Bancaria han subrayado la importancia del trabajo de la Comisión en una propuesta legislativa relativa a una armonización mínima en la legislación en materia de insolvencia en el contexto de la Unión de los mercados de capitales (UMC), aunque cabe señalar que dicha información puede también apoyar los esfuerzos destinados a reducir los niveles futuros de préstamos no productivos (Conclusiones del Consejo de 17 de junio de 2016 http://www.consilium.europa.eu/press-releases-pdf/2016/6/47244642837_en.pdf). Y “*Study on a new approach to business failure and insolvency Comparative legal analysis of the Member States’ relevant provisions and practices*” Tender No. JUST/2014/JCOO/PR/CIVI/0075, pp. 1-464, p. 25.

²¹ Council Conclusions on a roadmap to complete a Banking Union, 17th June 2016.

²² Eurogroup statement - Thematic discussions on growth and jobs: National insolvency frameworks, 22 de Abril de 2016.

un papel protagonista en el análisis del estado de insolvencia que arrastraba la economía privada mundial en los años precedentes a la propuesta de Directiva²³.

En el año 2011 el Banco Mundial publicó su análisis sobre insolvencia en el cual vino a exponer una serie de principios y técnicas de reestructuración, así como un análisis detallado de las distintas ventajas e inconvenientes de cada una de las técnicas expuestas²⁴.

Dos años más tarde el Banco Mundial profundizó en la materia a través de la publicación de su informe en el que invitaba a mejorar los marcos regulatorios de los procedimientos de insolvencia en distintas jurisdicciones.²⁵ Informe sobre el que se apoya la propia propuesta de Directiva sobre reestructuración, insolvencia y segunda oportunidad de la Comisión, así como sobre los índices de “facilidad para hacer negocios” publicados en el 2016 con anterioridad a la propuesta de Directiva de la Comisión²⁶.

Asimismo, la propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016²⁷, por la que eventualmente se debe modificar la Directiva 2012/30/UE, también estuvo inmediatamente precedida por la presión ejercida desde el FMI quien, a través de la publicación de su informe “*A Strategy for Resolving Europe’s Problem Loans*” (Una Estrategia para resolver el problema de los préstamos de Europa), destacó la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales en materia de insolvencia y reestructuración a efectos de dotar de una mayor eficacia la resolución de los diversos procedimientos concursales acumulados en Europa fruto de la morosidad en la devolución de préstamos²⁸.

²³ SEUNG-HYUN, L., YAMAKAWA Y., PENG M.W., y BARNEY, J.B., “How do bankruptcy laws affect entrepreneurship development around the world?”, *Journal of Business Venturing*, Vol. 26, Nº 5, 2011, pp. 505-520.

²⁴ World Bank, “Out-of-Court Debt Restructuring”, *A World Bank Study*, Washington D. C., 978-0-8213 8983-6.

²⁵ Doing Business Project Encourages Economies to Reform Insolvency Frameworks, Banco Mundial, enero de 2013.

²⁶ Índices de facilidad para hacer negocios, Banco Mundial, 2016.

²⁷ Sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración, y por la que se modifica la Directiva 2012/30/UE. COM (2016) 723 final.

²⁸ SHEKHAR, A., BERGTHALER, W., GARRIDO, J.M., ILYINA, A., JOBST A., KENNET, K., KOVTUN, D., YANG, L., MONAGHAN D., y MORETTI M., *A Strategy for Resolving Europe’s Problem Loans*, IMF Staff Discussion Note, 15/19, September 2015, p. 19.

El informe del FMI reconoció que la Unión Europea (UE) ya estaba adoptando medidas encaminadas a mejorar los respectivos marcos normativos nacionales de los Estados Miembros. De este modo, destacó como positivas, a la vez que como insuficientes, las medidas de Derecho derivado no vinculante que ya en el 2014 aprobó la Comisión sobre la definición de un nuevo enfoque para combatir la insolvencia y el fracaso empresarial.²⁹ Recomendación fuertemente inspirada en el Capítulo 11 de la Ley reguladora de los procedimientos de insolvencia en Estados Unidos³⁰. No obstante, académicos en el campo del Derecho Concursal han estimado la Recomendación insuficiente para alcanzar los objetivos de armonización de la Unión.³¹

A propósito de esto último, el FMI subrayó que, por lo general, el Derecho Concursal desarrollado por los Estados Miembros de la UE estaba más desarrollado en los procedimientos previstos para las personas jurídicas que en aquellos previstos para personas físicas³². Tácitamente el informe del FMI dejó entrever que el Derecho derivado no vinculante en la materia no podía bastar para superar las deficiencias del Derecho concursal en Europa y que, por tanto, instrumentos jurídicos de carácter vinculante debían remar en el mismo sentido que había iniciado la Recomendación de la Comisión.

2. Búsqueda de una mayor eficacia en los procedimientos concursales de los Estados miembros de la UE

Ya con anterioridad a la Directiva, en todos los países pertenecientes a la Unión Europea, con independencia de los conceptos que dan nombre a las particularidades de sus respectivos regímenes, han tratado de conseguir una mayor eficacia en la ejecución de los procedimientos concursales³³.

²⁹ Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial (2014/135/UE).

³⁰ MARTIN, N., *The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation*, 28 B.C. *INT'L & COMP. L. REV.* 1, 4, 40 (2005).

³¹ MANGANELLI, P., "The Modernization of European Insolvency Law: An Ongoing Process", *Journal of Business & Technology Law*, Vol. 11, Nº 2, 2016, pp. 153-177

³² SHEKHAR A., BERGTHALER W., GARRIDO, J.M., ILYINA A., ANDREAS J., KENNET K., KOVTUN D., YANG L., DERMOT M., y MORETTI M.. *A Strategy for Resolving Europe's Problem Loans*, *IMF Staff Discussion Note*, 15/19, September, p. 19

³³ MANFRED, B., "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 35, Nº. 5, Septiembre, 1996, pp. 1223-1245.

Las diferencias entre las diferentes legislaciones de los Estados miembros se traducen en costes adicionales para los inversores a la hora de evaluar el riesgo de que los deudores vayan a sufrir dificultades financieras en uno o más Estados, o el riesgo de invertir en empresas viables en dificultades financieras, así como en costes de reestructuración de empresas con establecimientos, activos o acreedores en otros Estados miembros.

Esa incertidumbre tiene un efecto disuasorio que obstaculiza la libertad de establecimiento de las empresas y el fomento del espíritu empresarial y perjudica el correcto funcionamiento del mercado interior.

Tradicionalmente, la búsqueda de una mayor eficacia en los procedimientos concursales ha ocupado una parte importante del debate doctrinal al vincularse las modificaciones legislativas a la obtención de ciertos objetivos económicos y sociales³⁴.

Se trata de que el conjunto de jurisdicciones nacionales cuenten con procedimientos, lo más homogeneizados posibles, a efectos de actuar rápidamente sobre aquellas empresas que se encuentran en estado de pre-insolvencia para así evitar el colapso de la vía judicial en una fase de ulterior insolvencia de dichas empresas, lo cual puede dificultar aún más su viabilidad en el mercado³⁵. Las modificaciones legislativas de los Estados Miembros de la Unión Europea, así como de terceros Estados como Reino Unido y Singapur van orientadas en este sentido³⁶.

La academia internacional señaló, hace ya dos décadas, como causas de la falta de eficiencia en el ámbito concursal, las siguientes:

³⁴ RAMSAY, I. “Towards an International Paradigm of Personal Insolvency Law? A critical view”, *QUT Law Review*, Vol. 17, Nº 1, pp. 15-39.

³⁵ DE WEIJS, R.J. “Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt–Equity Divide”, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 15, Nº. 2, 2018, pp. 403-444.

³⁶ GURREA-MARTÍNEZ, A. “The Future of Reorganization Procedures in the Era of Pre-insolvency Law”, *European Business Organization Law Review*, 2020, pp. 829-854.

- a. El *alto volumen de procedimientos concursales* tramitados en los juzgados³⁷. En este sentido, un sector doctrinal se inclinó por ampliar el ámbito jurisdiccional de los procedimientos extrajudiciales a fin de dejar únicamente al juez aquellos casos que, por su dificultad, merezcan ser revisados judicialmente³⁸. De esta forma, extrajudicialmente ya se estaría favoreciendo la obtención de un mayor grado de eficacia en la asignación de recursos dentro del mercado, permitiendo la salida rápida del mismo de todas aquellas empresas cuya viabilidad resulta inalcanzable³⁹.
- b. A esta corriente doctrinal se fueron sumando con el paso del tiempo otros autores subrayando la necesidad de establecer *medidas que tienen por objeto a la administración concursal* para conseguir mayores cotas de eficacia en los juzgados⁴⁰, que es el tema elegido para desarrollar la presente tesis, pudiendo indicar las siguientes:
- i) La importancia de consolidar *filtros de selección* del administrador concursal, de forma que se garantice la obtención de unos conocimientos mínimos entre aquellos que vayan a desempeñar dicho cargo⁴¹.
 - ii) Algunos señalan la importancia de que la *retribución* del administrador sea lo suficientemente atractiva como contrapartida a la celeridad que se le exige en el desarrollo de sus tareas de administración⁴². Hay quien ha estimado que la remuneración ha de ser fijada por los Tribunales a efectos de evitar abusos por parte de los administradores concursales y descartando el tiempo que requiere la ejecución del concurso como parámetro para medir eventualmente la remuneración⁴³.

³⁷ FRANKS, J. y, SUSSMAN, O. (2001), “*Resolving Financial Distress by Way of a Contract: An Empirical Study of Small UK Companies*”, pp. 1-60.

³⁸ Ibidem.

³⁹ BETKER, B., “The Administrative Costs of Debt Restructurings: Some Recent Evidence”, *Financial Management*, Vol. 26. 1997

⁴⁰ PONTICELLI, J. (2015), “*Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform in Brazil*”, Chicago Booth Research Paper, No. 14-08.

⁴¹ BRICONGNE, J.C., DEMERTZIS, M, PONTUCH P. y TURRINI, A. “Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective”, *European Economy Discussion Papers of the European Commission, Discussion Paper 032*, ISSN 2443-8022, Junio 2016, p. 29

⁴² Ibidem.

⁴³ MENG SENG, W. y YU KIU, Y.. “Principles Governing the Fixing of Insolvency Practitioners Remuneration”, *EW Barker Centre for Law & Business Working Paper 20/09*, Agosto 2020, pp. 22.

- iii) En todo caso, la *experiencia y un mínimo de formación* son los dos requisitos indispensables que debería tener todo administrador concursal para que el sistema en el que desempeña su tarea sea realmente eficiente⁴⁴. El poder legislativo debe asegurarse de que todo administrador concursal alcance un estandar mínimo de formación para que el administrador pueda ser considerado, a todos los efectos, como “apto” para el cargo⁴⁵.

3. Estructura de la Directiva

Tras 101 Considerandos, la Directiva se articula en 35 preceptos, estructurados en cinco Títulos, y las Disposiciones finales.

3.1 Título I: *Disposiciones Generales*

Se compone de tres artículos, en los que detalla el objeto y ámbito de aplicación de la Norma⁴⁶, las Definiciones⁴⁷ y las herramientas de alerta temprana⁴⁸.

3.2 Título II: *Marcos de reestructuración preventiva*

Es el más extenso y se encuentra dividido en cinco capítulos, que versan sobre:

⁴⁴ RAMOTLOU, LL. “A discussion of the regulation of insolvency practitioners in South African law: a dream deferred?”

⁴⁵ BURMAN, A. y ROY, S. “Building an Institution of Insolvency Practitioners in India”, *Business and Bankruptcy Law Journal*, Vol. 5, 118, 2019.

⁴⁶ Indicando que se establecen normas sobre los marcos de reestructuración preventiva, los procedimientos para la exoneración de las deudas, y las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia, y exoneración de deudas.

⁴⁷ De las que afectos del presente trabajo conviene destacar: a) la de “reestructuración”: aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos; y la “de administrador en materia de reestructuración”: toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las funciones que señala.

⁴⁸ A las que nos referiremos al tratar de la materia.

- a) Capítulo 1: “La Disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva”. En el capítulo, compuesto por el art. 4, se establecen los objetivos de los marcos de reestructuración⁴⁹, quienes son los destinatarios⁵⁰ y quienes pueden solicitarla⁵¹, estableciendo límites a la intervención judicial⁵², así como la posibilidad de establecer límites temporales de acceso a la reestructuración⁵³.
- b) Capítulo 2: “Facilitación de las negociaciones sobre los planes de reestructuración preventiva”, está compuesto por tres artículos, referidos al nombramiento de administrador en materia de reestructuración⁵⁴; la suspensión de las ejecuciones singulares⁵⁵; y las consecuencias de dicha suspensión⁵⁶.
- c) Capítulo 3: “Planes de reestructuración”. Es el más extenso de toda la Directiva, ya que se le dedican los artículos 8 al 16, relativos al contenido de los Planes de

⁴⁹ Que no es otro que evitar la insolvencia (según la definición otorgada por cada Estado miembro, art. 2.2.a), la acumulación de préstamos a empresas no viables, y la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y experiencias empresariales.

⁵⁰ Los destinatarios son los deudores viables (Considerandos 2 y 3), que se encuentren en situación de “insolvencia inminente” (Considerando 24 y art. 4.1).

⁵¹ La reestructuración preventiva será solicitada por el deudor, si bien los Estados miembros pueden solicitar que la solicitud provenga de los acreedores o de los representantes de los trabajadores.

⁵² Puede limitarse solo a los supuestos en los que sea necesario y proporcionado, velando por los Derechos de las partes interesadas.

⁵³ Puede limitarse el acceso a un marco de reestructuración preventiva, a un número de veces dentro de un periodo determinado.

⁵⁴ El artículo 5 establece la regla general de que el deudor debe conservar el control de sus activos y la gestión diaria de la empresa, al menos parcialmente. Se establece que el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración se decidirá en cada caso concreto, salvo en aquellos supuestos en que los Estados consideran que debe ser obligatorio, indicando como supuestos de nombramiento obligatorio, cuando se acuerde la suspensión general de las ejecuciones singulares, cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por autoridad judicial o administrativa, o cuando lo solicite el deudor, o una mayoría de acreedores. (Considerandos 30 y 31).

⁵⁵ El artículo 6 establece que las ejecuciones singulares deben suspenderse para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva, pudiendo denegarse la solicitud de suspensión si no resulta necesaria o no favorece la negociación (Considerando 30). La suspensión puede ser general, para todos los acreedores, o afectar solo a un grupo; y debe abarcar a todas las categorías de créditos, incluido los que gozan de privilegio, aunque los Estados miembros tienen facultad para excluir determinados créditos. La duración inicial de la suspensión no puede ser superior a cuatro meses, si bien los Estados miembros pueden establecer una duración superior que no podrá exceder de un año.

⁵⁶ Durante la suspensión de las ejecuciones singulares se interrumpe la obligación del deudor de solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia (Art. 7), si bien el vencimiento de la suspensión no debe abocar necesariamente a dicha apertura. En cuanto a las deudas nacidas antes de la suspensión, los Estados miembros deben establecer normas para impedir que los acreedores a quienes se aplica la suspensión no resuelvan, aceleren o modifiquen, en detrimento del deudor, los contratos vigentes.

reestructuración⁵⁷; la adopción⁵⁸ y confirmación de los planes⁵⁹; la reestructuración forzosa aplicable a todas las categorías⁶⁰.

También contiene el Capítulo, una especial referencia a que los tenedores de participaciones que no deben impedir u obstaculizar injustificadamente la aplicación de un plan de reestructuración (art. 12); y la garantía de que un marco de reestructuración preventiva no afecte a los Derechos individuales o colectivos de los trabajadores (art. 13)⁶¹.

Se completa el Capítulo, con la valoración de la empresa del deudor que debe hacerse por parte de la autoridad judicial o administrativa, en el caso de que el acuerdo sea impugnado (art. 14)⁶²; la vinculación de los planes confirmados por autoridad judicial o administrativa a todas las partes afectadas (art. 15 y

⁵⁷ El contenido mínimo que debe cumplir un Plan de reestructuración se establece en el artículo 8 de la Directiva, que en esencia establece que debe contener la siguiente información: a) identidad del deudor, de las partes afectadas, y del administrador en materia de reestructuración; b) los activos y pasivos; c) memoria de las causas y dificultades del deudor que aconsejan adoptar un plan de reestructuración; d) exposición de los motivos por los cuales es razonable su adopción; e) situación de los trabajadores; f) categoría de acreedores y deudas; g) y las condiciones del plan.

⁵⁸ En el artículo 9 se regula la presentación del Plan por el deudor, los acreedores y los administradores en materia de reestructuración; el Derecho a voto de las partes afectadas, así como la exclusión de dicho Derecho a ciertos grupos de acreedores; el tratamiento separado según la diferente categoría; el establecimiento de las medidas adecuadas para garantizar que la clasificación en categorías se realiza protegiendo a los acreedores más vulnerables; y el establecimiento de las mayorías necesarias para la adopción de un plan de reestructuración.

⁵⁹ El artículo 10 regula la confirmación de los Planes de reestructuración, estableciendo que los Estados miembros garantizarán que, como mínimo, sean vinculantes los planes que afecten a los disidentes, que prevean una nueva financiación, y que impliquen una pérdida de más del 25% del personal. Para que los Planes puedan ser confirmados, es necesario que se hayan adoptado conforme a lo establecido en el art.9; que los acreedores de las mismas categorías sean tratados por igual; que se hayan notificado a todas las partes afectadas; que supere la prueba del interés superior de los acreedores (en caso de que existan disidentes) y que cualquier nueva financiación no perjudique injustamente los intereses de los acreedores.

⁶⁰ Aun cuando el plan no haya sido aprobado por todas las categorías de voto puede ser sometido a confirmación: a) si cumple con los mínimos regulados en el art. 10, 2º y 3º; b) si ha sido aprobado por mayoría de las categorías de voto; c) si garantiza que las categorías de voto disidentes reciban un trato al menos igual, que el de cualquier otra categoría del mismo rango, y más favorable que la de rango inferior; y d) siempre que ninguna de las partes reciba más cantidad que el importe total de sus créditos.

⁶¹ En concreto, los Derechos de negociación colectiva y acción sindical; Derecho de información y consulta de conformidad con las Directivas 2002/14/CE y 2009/38/CE; y los Derechos garantizados por las Directivas 98/59/CE, 2001/23/CE, y 2008/94/CE.

⁶² La impugnación solo puede realizarse en el caso de un supuesto incumplimiento en lo que respecta a superar la prueba del interés superior de los acreedores prevista en el artículo 2, apartado 1, punto 67; o un supuesto incumplimiento de las condiciones previstas para una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías, de conformidad con el art. 11, apartado 1, letra b), inciso ii).

Considerando 64); y los recursos procedentes contra una resolución confirmatoria o denegatoria de un plan de reestructuración⁶³.

- d) Capítulo 4: “Protección de la nueva financiación, la financiación provisional y otras operaciones relacionadas con la reestructuración”. En los artículos 17 y 18, la Directiva establece la necesidad de que los Estados miembros protejan adecuadamente la nueva financiación y la financiación provisional en el caso de una posterior insolvencia del deudor, declarando que no podrán ser declaradas nulas, anulables o inejecutables, ni podrá exigirse responsabilidad civil, administrativa o penal a los financiadores⁶⁴.
- e) Capítulo 5: “Obligaciones de los administradores sociales”. Solo consta de un artículo, el 19, en el que se establecen los incentivos en caso de insolvencia inminente, señalándose que los Estados miembros deberán cerciorarse de que los administradores sociales tomen en cuenta los intereses de los acreedores, la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia; y la necesidad de evitar conductas dolosas o gravemente negligentes que pongan en peligro la viabilidad de la empresa⁶⁵.

3.3 Título III. *Exoneración de deludas e inhabilitaciones*

Abarca de cuatro artículos, referidos al acceso a la exoneración por empresarios insolventes, quienes deben poder acceder, al menos, a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas⁶⁶; al plazo de exoneración⁶⁷; periodo de

⁶³ El recurso contra la confirmación o denegación debe interponerse ante una autoridad superior a la que dictó la resolución, y debe resolverse de manera eficiente para una rápida tramitación. Cuando dicho recurso sea estimado, deberá dejar sin efecto el plan de reestructuración, o confirmarlo introduciendo enmiendas. (art. 16 y Considerandos 64 y 65).

⁶⁴ El artículo 18 diferencia entre las operaciones necesarias para la negociación de un plan, y las necesarias para la ejecución de un plan confirmado.

⁶⁵ En este sentido, vid. los Considerandos 70 y 71.

⁶⁶ El artículo 20 de la Directiva se refiere a los empresarios insolventes sin establecer ninguna diferenciación para los procedimientos del deudor persona física.

⁶⁷ El artículo 21 establece un plazo general de tres años a contar desde la decisión judicial o administrativa sobre el Plan de pagos, desde la apertura del procedimiento, o desde la fecha de determinación de la masa del deudor, pudiéndose ampliar dicho plazo adoptando medidas cautelares dirigidas a salvaguardar la

inhabilitación⁶⁸, las excepciones⁶⁹ y la acumulación de procedimientos en uno solo que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas.

3.4 Título IV. Medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas

A este propósito, son designados cuatro artículos: el referido a las autoridades judiciales y administrativas, regulando que los Estados miembros deben garantizar que los miembros de las autoridades judiciales y administrativas que se ocupen de los procedimientos de insolvencia, reestructuración y exoneración, reciban una formación adecuada y tengan conocimientos especializados⁷⁰, así como que los procedimientos se tramiten de forma eficiente, a los fines de su rápida tramitación (art. 25)⁷¹.

Los artículos 25 y 26 de refieren a los administradores en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, indicando que se debe garantizar que reciban una formación adecuada; que la selección y nombramiento respondan a sistemas claros, transparentes y justos; a la necesidad de su supervisión y a la justa retribución por su trabajo. En los que no vamos a incidir más porque constituye precisamente el objeto de la presente tesis.

residencia principal del empresario insolvente o de su familia, sus activos esenciales para la actividad o, directamente, en orden a que no se ejecute la vivienda principal (Art. 23.3º).

⁶⁸ La Directiva, en su artículo 22, prevé un supuesto específico en el cual el empresario se encuentre inhabilitado para iniciar o continuar una actividad comercial, industrial, artesanal, o profesional, y obtenga la exoneración, se dejará sin efecto la inhabilitación durante el tiempo que dure la exoneración, sin necesidad de procedimiento adicional alguno, es decir, actúa de forma automática.

⁶⁹ El artículo 23 permite que cada legislador pueda arbitrar medidas que no solo se traduzcan en negar, restringir o revocar la exoneración, sino que vayan más allá, en los casos que menciona. Y también enumera los créditos o deudas que pueden excepcionarse a la exoneración.

⁷⁰ A este respecto, el Considerando 86 de la Directiva establece que: “*Dicha formación y dichos conocimientos especializados deben permitir que se adopten de forma eficiente decisiones con una posible repercusión económica y social importante, sin que ello deba entenderse como que los miembros de una autoridad judicial tengan que conocer exclusivamente cuestiones de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas.*”

⁷¹ Para conseguirlo, el legislador europeo propone, por ejemplo, “*la creación de órganos jurisdiccionales o salas especializados, o el nombramiento de jueces especializados de conformidad con la normativa nacional, así como la concentración de la jurisdicción en un número limitado de autoridades judiciales o administrativas constituirían maneras eficientes de alcanzar los objetivos de seguridad jurídica y efectividad de los procedimientos. No debe obligarse a los Estados miembros a dar prioridad a los procedimientos de reestructuración preventiva, insolvencia y exoneración de deudas sobre otros procedimientos*”. (Considerando 86)

Y el último artículo del Título, hace referencia a los medios electrónicos de comunicación, que deben utilizarse para la reclamación de los créditos, presentación de los planes de reestructuración, notificación a los acreedores, y la presentación de impugnaciones y recursos. (art. 28).

3.5 Título V. Seguimiento de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas

Contiene dos artículos, el 29 referido a la recogida de datos⁷² del que ya nos hemos ocupado al comentar las “otras medidas” para mejorar la eficiencia de los procedimientos; y el 30, referido al “Procedimiento de comité”.

3.6 Título VI. Disposiciones finales

El Título lo componen cinco artículos (del 31 al 35) en los que se aborda la “Relación con otros actos e instrumentos internacionales”; la “modificación de la Directiva (UE) 2017/1132”; la Cláusula de revisión; la trasposición y la entrada en vigor.

Llegados a este punto, debemos manifestar que como el tema de la presente tesis, y los aspectos que se van a desarrollar en la misma, versan sobre “*La administración concursal como medida para mejorar la eficiencia de los procedimientos*”, solo va a ser objeto de análisis el indicado artículos 26 de la Directiva, y aquellos extremos relevantes de la misma, en cuanto tengan relación directa con la administración concursal en los procedimientos de insolvencia.

Como se indica, los aspectos fundamentales a examinar consisten en el análisis de la mejora de la eficiencia de los procedimientos de insolvencia a través de la formación, selección y nombramiento de los administradores concursales en dichos procedimientos. El análisis no estaría completo si no se efectuase una referencia concreta e individualizada

⁷² Con periodicidad anual y a escala nacional, sobre el número de procedimientos abiertos en el periodo, duración media, coste medio de cada procedimiento, porcentajes de recuperación media, número de trabajos perdidos, y número de empresarios que han puesto en marcha una nueva empresa. Todo ello con el suficiente desglose de los datos.

a las especialidades que pueden concurrir en los administradores en materia de reestructuración, y en aquellos designados en procedimientos de exoneración.

4. Contenido de la Directiva

El objeto de la Directiva (UE) 2019/1023, es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación⁷³, y con el objeto de reducir la excesiva duración de los procedimientos⁷⁴.

La Directiva pretende garantizar que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras tengan acceso a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad; que los empresarios de buena fe insolventes o sobreendeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas, lo que les proporcionaría una segunda oportunidad; y que se mejore la eficacia de los procedimientos⁷⁵.

⁷³ Existen diferencias entre los Estados miembros en cuanto al abanico de procedimientos de que disponen los deudores en dificultades financieras para reestructurar sus empresas. Algunos Estados miembros tienen una serie limitada de procedimientos que permiten la reestructuración de empresas solo en un momento relativamente tardío, en el marco de procedimientos de insolvencia. En otros Estados miembros, la reestructuración es posible en un momento más temprano, pero los procedimientos disponibles no son tan eficaces como deberían o son muy formales, en particular porque limitan el recurso a soluciones extrajudiciales (Considerando 4 de la Directiva).

⁷⁴ En muchos Estados miembros, son necesarios más de tres años para que los empresarios que sean insolventes, pero de buena fe puedan obtener una exoneración de sus deudas y empezar de nuevo (Considerando 5). La excesiva duración que presentan en varios Estados miembros los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas constituye un factor importante que da lugar a unos porcentajes de recuperación bajos y disuade a los inversores de ejercer actividades empresariales en aquellos países en los que los procedimientos pueden ser excesivamente largos e indebidamente costosos (Considerando 6 de la Directiva)

⁷⁵ El Comisionado de Justicia, Consumidores e igualdad de género, Věra Jourová Said, en la presentación de la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016, declaró que: “*De acuerdo con los datos facilitados por la Comisión Europea, en concreto por la Dirección General de Justicia y Consumidores en 2016: cada año en la Unión Europea 200.000 empresas son objeto de procedimientos de insolvencia dando lugar a que aproximadamente 1,7 millones de trabajadores pierdan su empleo. Las nuevas normas comunitarias en materia de insolvencia están destinadas a mejorar los siguientes aspectos: a) que puedan sobrevivir un mayor número de empresas viables; b) dotar de una mayor seguridad jurídica en lo que respecta a inversores transfronterizos; c) conseguir unas mayores tasas de recuperación para los prestamistas; d) y el aumento del autoempleo mediante la figura de la segunda oportunidad para los empresarios*”. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_3802.

Su objetivo consiste en lograr una mayor armonización en dichas materias, que contribuya al correcto funcionamiento del mercado interior, la reducción de dichos costes e incertidumbres⁷⁶ y remueva los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales de la Unión, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, que podrían derivar de las diferencias entre las normativas y procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia y exoneración de deudas e inhabilitación, dada la cada vez más presente dimensión transfronteriza de las empresas europeas⁷⁷.

La Directiva tiene carácter vinculante y se trata de una norma de mínimos, que tiene dos partes bien diferenciadas: la primera, y más importante, a la que más se dedica, es la relativa a los acuerdos de reestructuración, su contenido y efectos; en segundo lugar, otros aspectos, como la segunda oportunidad y la mejora de la eficacia de los procedimientos.

La justificación de la Directiva se encuentra en que la ausencia de armonización es un obstáculo para acometer políticas prioritarias en el seno de la Unión Europea, particularmente las relativas a la consecución del Mercado interior, un mercado único Europeo de Capitales, lo que se ha patentizado la necesidad de acometer la armonización en aras de conseguir los objetivos señalados.

Como se ha señalado en la doctrina⁷⁸ a estos temas cabría añadir otros dos que, aunque desde un punto de vista formal no figuran en un título independiente, y tienen entidad

⁷⁶ Asimismo, deben reducirse los costes adicionales para los empresarios derivados de la necesidad de trasladarse a otro Estado miembro para poder disfrutar de la exoneración de deudas. Por otra parte, los obstáculos resultantes de la inhabilitación prolongada vinculada a la insolvencia o al sobreendeudamiento de un empresario inhibe el espíritu empresarial (Considerando 9 de la Directiva).

⁷⁷ Un mercado interior cada vez más interconectado, en el que las mercancías, los servicios, los capitales y los trabajadores circulan libremente, y con una dimensión digital cada vez mayor, supone que muy pocas empresas son estrictamente nacionales si se tienen en cuenta todos los elementos pertinentes, como la clientela, la cadena de suministro, el ámbito de actividad, los inversores y el capital (Considerando 11 de la Directiva). Bajo ese enunciado, se manifiesta así, una importante conexión entre la Directiva de reestructuración temprana, y la Directiva (UE) 2019/2121 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019, de movilidad, en la medida en que puede resultar útil una fusión, escisión o transformación transfronteriza en aras del saneamiento financiero de la compañía, evitando su declaración bajo un procedimiento judicial de insolvencia.

⁷⁸ HERBOSA MARTINEZ, I., “Planteamiento introductorio. Una primera lectura de la Directiva (UE) 2019/1023 en materia de marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para

propia: de una parte, la incorporación por primera vez de los llamados mecanismos de alerta temprana, que supone la exigencia de que los Estados miembros pongan a disposición de las empresas mecanismos que permitan detectar dificultades financieras u operativas que puedan provocar una situación de insolvencia inmediata y le permitan actuar en un momento en que todavía es posible evitar aquella u garantizar su viabilidad; de otra parte, y en íntima relación con ello, los deberes de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente, lo que abre un interesante debate sobre el momento a partir del cual dichos sujetos deben tomar medidas para evitar la insolvencia, en el que no podemos entrar porque dicho debate excede del contenido del presente trabajo.

5. Autoridad judicial o administrativa

La Directiva se alude constantemente a la autoridad judicial o administrativa, indistintamente, por lo que utilizando la disyuntiva “o” da a entender que los procedimientos pueden tramitarse ante un tipo de autoridad u otra.

Por su parte el artículo 25, a la sazón el primero del Título IV, tanto en su enunciado como en el seno del texto emplea la expresión autoridades judiciales y administrativas, utilizando la conjunción “y” dando a entender con ello, la coexistencia de ambas autoridades, lo que nos lleva a analizar, siquiera brevemente, las razones que asisten al legislador para establecer esta diferencia.

De una primera lectura de la Directiva, puede extraerse la conclusión de que legislador europeo tenía en su mente que se pueden establecer tres tipos de procedimientos para tratar la insolvencia, a saber: a) el concursal propiamente dicho, para el que establece medidas para aumentar su eficiencia; b) el referente a marcos de reestructuración preventiva; c) y un último referido a los procedimientos para la exoneración de deudas, dedicando a cada uno ellos un Título. En este mismo sentido, la Directiva menciona en su Título II al administrador en materia de reestructuración, sin embargo, en su Título

incrementar la eficacia de los procedimientos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 8-9, agosto septiembre 2019, p. 48.

IV⁷⁹ menciona a los administradores en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, empleando el plural y nuevamente la conjunción copulativa “y”.

Si partimos de esa hipótesis, encontramos pleno sentido a que la Directiva se dirija indistintamente a la autoridad judicial o administrativa, por cuanto se está refiriendo a la autoridad que dirija el procedimiento, que será o puede ser distinta, en función de cuál sea la clase de este. A este respecto señalar también como indicativo de la hipótesis que en todo el título III, que se dedica a la exoneración de deudas, no aparece mencionada administración concursal alguno.

El legislador español se inclinó por articular la Ley concursal sobre el principio básico de la unidad que se proyecta en tres vertientes: unidad legal, unidad de disciplina y unidad de sistema⁸⁰. No obstante, la doctrina no es pacífica en que la unidad proclamada se haya logrado. En concreto el profesor OLIVENCIA RUIZ⁸¹ señala que se trata de un principio de unidad legal relativa que supera la división anterior en términos absolutos, lo que nos hace mantener que esta manifestación del principio de unidad no tiene una proyección tan clara en la realidad⁸².

El Texto refundido de la Ley concursal, mantiene la unidad legal, pero cabe preguntarse si no sería más efectivo que los concursos que no deban revestir especial

⁷⁹ Artículo 26 de la Directiva.

⁸⁰ GADEA SOLER, E., *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 41 y ss. Además, la propia Exposición de motivos de la Ley Concursal señala que “*la Ley opta por los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema*”

⁸¹ OLIVENCIA RUIZ, M., “*La terminología jurídica de la reforma concursal*”, Madrid, Iustel, 2006, p. 148.

⁸² Tampoco se ha cumplido el principio de unidad de disciplina o de procedimiento que pretendía poner fin a la dicotomía en la normativa existente para deudores comerciales y no comerciantes, y la diferente regulación de sus procedimientos, ya que el Texto Refundido de la Ley Concursal en su Título III (artículos 631 y ss) regula el acuerdo extrajudicial de pagos, que sería casi el equivalente al expediente de quita y espera ya derogado. Y en cuanto a la unidad de sistema que atribuye al juez del concurso la competencia exclusiva y excluyente para conocer de todas las materias relacionadas con el proceso concursal, tampoco se cumple en su integridad, puesto que ni se atribuye a los Juzgados de lo mercantil todas las materias mercantiles, ni todas las materias sobre las que se extiende su competencia son exclusivamente mercantiles. De hecho, a los Juzgados de lo mercantil se les ha atribuido competencias sobre materias que exceden el ámbito mercantil, invadiendo esferas que pertenecen a otros ámbitos jurisdiccionales, como es el orden social, dejando, en cambio, fuera de su competencia materias netamente mercantiles como son el Derecho bancario, cambiario, o marítimo.

complejidad y los de personas físicas, fuese una autoridad administrativa la que se encargase de su tramitación, descargando así a los juzgados de expedientes que apenas ofrecen complejidad⁸³.

6. Diferentes clases de procedimientos

Íntimamente relacionado con lo que hemos expuesto en el apartado anterior, siquiera brevemente, debemos efectuar una reflexión sobre las diferentes clases de procedimientos: la reestructuración preventiva, la exoneración de deudas y la de insolvencia propiamente dicha.

6.1 Reestructuración

La reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial, en su totalidad o en parte, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de su estructura de capital -en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto- así como realizando cambios operativos.

El artículo 2 de la Directiva entiende por reestructuración, aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la

⁸³ Tal sucede en Chile, con la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento, institución autónoma creada por la Ley número 20.720 de Reorganización y Liquidación de Activos de Empresas y Personas como un servicio público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios (art. 331), que tiene como funciones supervisar y fiscalizar las actuaciones de los Veedores (personas naturales cuya misión principal es favorecer los acuerdos entre el deudor y sus acreedores, facilitar la proposición de acuerdos de reorganización judicial, resguardar los intereses de los acreedores, requiriendo las medidas precautorias y de conservación de los activos del deudor, además de resguardar el cumplimiento del Acuerdo de Reorganización por, al menos, un año desde aprobado el mismo), Liquidadores, Martilleros Concursales (cuya misión principal es realizar los bienes del deudor, de conformidad a lo encomendado por la Junta de Acreedores y de acuerdo a lo establecido en esta Ley), administradores de la continuación de las actividades económicas del deudor, asesores económicos de insolvencias y, en general, de toda persona que por Ley quede sujeta a su supervigilancia y fiscalización (art. 332).

empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos.

De acuerdo con ello, los marcos de reestructuración preventiva deben permitir, ante todo, la reestructuración efectiva de los deudores en un momento temprano y evitar la insolvencia, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables. Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores -en comparación con lo que habrían recibido en caso de liquidación de los activos de la empresa o en caso de aplicarse la mejor solución alternativa en ausencia de un plan de reestructuración-, así como para los propietarios y para la economía en su conjunto.

Para alcanzar los fines que persigue la norma, prevé el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, con el objeto de supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, aunque tal nombramiento no será siempre necesario, sino que deberá decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor.

6.2 Exoneración

La Directiva dispone que los procedimientos que incluyan un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos deben prever la opción de una exoneración de deudas, entendiendo por tal, la exclusión de la ejecución frente a los empresarios del pago de las deudas pendientes exonerables o la cancelación de las deudas pendientes exonerables como tales, en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos, un plan de pagos, o ambos.

Para lograr la plena exoneración de deudas, el deudor debe ser honesto y debe haber actuado de buena fe, presumiéndosele *iuris tantum*, ambas cualidades⁸⁴.

Al determinar si un deudor fue deshonesto, las autoridades judiciales o administrativas pueden tener en cuenta circunstancias como las siguientes: la naturaleza y el importe de la deuda; el momento en que se ha contraído la deuda; los esfuerzos realizados por el empresario para abonar la deuda y cumplir con las obligaciones legales, incluidos los requisitos para la concesión de licencias públicas y la exigencia de llevar una contabilidad correcta; las actuaciones, por parte del empresario, para frustrar las pretensiones de los acreedores; el cumplimiento de las obligaciones en caso de insolvencia inminente que incumben a los empresarios que sean administradores sociales de una sociedad; el cumplimiento de la normativa de la Unión y nacional en materia de competencia y en materia laboral.

En el Considerando 87, la Directiva engloba dentro del término “administradores concursales” los administradores en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, pero si tenemos en cuenta la Directiva en su integridad, podemos llegar a la conclusión de que pueden coexistir diferentes procedimientos, según los casos de los que se trate.

Partiendo de la base de que la Directiva puede quebrar la unidad legal tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, se podría entender que no existe obstáculo alguno para que puedan coexistir con el procedimiento concursal, otros dos tipos de procedimientos diferentes: uno para la reestructuración empresarial; y otro para el sobreendeudamiento individual. Cada uno con su propia regulación y con sus propias características.

7. Diferentes categorías de administradores

⁸⁴ El Considerando 78 de la Directiva establece que se deben establecer excepciones a la regla general de exoneración de deudas en los casos en que el deudor sea deshonesto o haya actuado de mala fe. “*En los casos en que los empresarios no disfruten de una presunción de honestidad y buena fe en virtud del Derecho nacional, la carga de la prueba de su honestidad y buena fe no debe dificultarles innecesariamente iniciar el procedimiento ni hacerlo costoso.*”

Al englobar el Título IV, tanto a los administradores en materia de reestructuración, como los de insolvencia y exoneración de deudas, cabe preguntarse si existe una identificación entre el administrador en materia de reestructuración con el administrador concursal en España.

MARTINEZ SANZ⁸⁵ considera que el ánimo del legislador europeo latente en la Directiva ha sido que los mismos profesionales que son nombrados administradores concursales en los procedimientos de insolvencia sean elegidos para la supervisión o tutela de los planes de reestructuración de deuda. Apunta como argumento que el texto de la norma engloba al administrador en materia de reestructuración en una super-categoría de “administradores concursales”⁸⁶ en más de un apartado, pero fundamentalmente se apoya en el Considerando 87, donde hay una remisión expresa al concepto de “administrador concursal” que se recoge en el reglamento (UE) 2015/848, cuando se dice que: *los «administradores concursales» en la definición del Reglamento (UE) 2015/848 deben quedar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.*

En el artículo 2.5 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, considera que se entiende por “administrador concursal”: cualquier persona u órgano cuya función, incluso de manera provisional, sea: i) comprobar y admitir pretensiones formuladas en procedimientos de insolvencia, ii) representar el interés general de los acreedores, iii) administrar, total o parcialmente, los bienes de los que se ha desapoderado al deudor; iv) liquidar los bienes a los que hace referencia el inciso iii), o v) supervisar la administración de los negocios del deudor. Las personas y órganos a que se hace referencia en el párrafo primero se enumeran en la lista del anexo B, que, en el caso de España, incorpora tanto a los administradores como a los mediadores concursales.

⁸⁵ MARTINEZ SANZ, J., Intervención en la mesa redonda “Comunicación de negociaciones, viabilidad y experto en reestructuraciones”, celebrada el día 5 de junio de 2020 en el marco del *VIII Congreso Concursal: Reestructuración empresarial, Texto refundido concursal y reformas de emergencia en un escenario post COVID 2019*, organizado por Wolters Kluwer junto a la revista de *Derecho Concursal y Paraconcursal*.

⁸⁶ Lo que sucede en la versión española, pero no en otras versiones idiomáticas de la disposición.

En el mismo sentido se pronuncia COMENDADOR ALONSO⁸⁷, que sobre la base de la literalidad del Considerando 87 de la Directiva, considerando que está *fuera de toda duda* que el administrador en materia de reestructuraciones debe ser un administrador concursal designado por una autoridad judicial.

De opinión contraria es NIETO DELGADO⁸⁸ al considerar que el Reglamento (UE) 2015/848 es una norma de Derecho internacional privado, que no pretende en modo alguno unificar (ni siquiera armonizar) el Derecho sustantivo, material o procesal de los Estados miembros. Por esta razón, la definición que hace del administrador concursal no es con la finalidad de petrificar ningún tipo de regulación nacional o incorporarla al Derecho europeo, sino al objeto de facilitar una interpretación y aplicación uniforme de preceptos cuya finalidad es completamente distinta de la de establecer qué profesionales en cada país deben auxiliar a los Tribunales en los procedimientos de insolvencia.

En línea con lo expuesto, puede entenderse que la afirmación que se hace en el Considerando 87 de la Directiva, lo único que pretende significar es que los administradores concursales aludidos por el reglamento van a ser objeto de regulación en una Directiva cuyo título, objeto y finalidad parece aludir exclusivamente a los procedimientos extrajudiciales de reestructuración de deuda.

En esta misma línea, CAMPUZANO LAGUILLO⁸⁹ considera que la administración concursal no es el órgano que actúa en los procedimientos preconcursales que se han ido consolidando en nuestra legislación de la insolvencia, salvo cuando dichos procedimientos fracasan y se declara el concurso consecutivo, en el que se procede al

⁸⁷ COMENDADOR ALONSO, D., “*El régimen transitorio del estatuto de la Administración Concursal*” *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal*. IX Jornadas Concursales, Vitoria 2020, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 890.

⁸⁸ NIETO DELGADO, C., “*Funciones De la administración concursal en el nuevo marco regulatorio de las insolvencias (reestructuración y concurso)*. *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.), Madrid, diciembre 2020, p.179.

⁸⁹ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “*El modelo de acceso a la administración concursal*”, En *hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.), Madrid, diciembre 2020, p.124.

nombramiento de administrador concursal (con las especialidades que corresponden en atención al concreto procedimiento concursal previo). Los acuerdos extrajudiciales de pago y los acuerdos de refinanciación conforman esas alternativas preconcursales⁹⁰, ya que ambos procedimientos tienen los mismos presupuestos subjetivo y objetivo que el concurso de acreedores -deudor, persona natural o jurídica, en estado de insolvencia actual o inminente- aunque se exige que dicho deudor no haya sido declarado en concurso.

Como el objeto de la presente tesis lo constituye el examen de la administración concursal como medida para lograr la eficiencia de los procedimientos, se tratará las especialidades de los administradores en materia de reestructuración y de exoneración, en un lugar independiente para cada una de las figuras.

8. Presupuestos de la Directiva

La Directiva es una norma que podría considerarse de mínimos⁹¹, por cuanto deja cierta libertad a los Estados miembros para transponerla, pero en el marco de unos principios claros y coherentes y de fundamentos económicos sólidos. La Directiva se encuentra inspirada en parte en el *scheme of arrangement* inglés⁹², pero sobre todo en el

⁹⁰ El Derecho preconcursal se sistematiza en el texto refundido diferenciando la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores; los acuerdos de refinanciación; el acuerdo extrajudicial de pagos; y el concurso consecutivo. En este sentido, aunque en el texto de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el Título X venía referido a los acuerdos extrajudiciales de pago, en la elaboración del texto refundido se ha considerado que fue anterior en el tiempo la regulación de los acuerdos de refinanciación y dada la “*vis atractiva*” que dichos acuerdos de refinanciación han ejercido respecto a los acuerdos extrajudiciales de pagos, se opta por regularlos de forma diferenciada, situándose en primer lugar el régimen de los acuerdos de refinanciación y, a continuación, los acuerdos extrajudiciales de pagos. En todo caso, opta por mantener la terminología de estos instrumentos legales por ser la incorporada al Anejo A del reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (Ana Belén Campuzano. Op. citada. P. 127)

⁹¹ DE CARDENAS SMITH, C., La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana y su trasposición al Derecho español, *Revista concursal y paraconcursal*, Wolters Kluwer, n° 29, 2018, p. 223.

⁹² Los *schemes of arrangement* son una herramienta muy valiosa del Derecho inglés que se aplica en Reino Unido desde el siglo XIX para la reestructuración de la deuda de las compañías con dificultades financieras, en torno a la cual se ha desarrollado una nutrida jurisprudencia. El régimen de la *Companies Act* de 2006, en donde se regula, no establece la materia que debe ser su objeto, de modo que, en teoría, el acuerdo característico del mismo puede tener por objeto todo aquello que pueda ser acordado legítimamente entre la sociedad y sus acreedores o sus socios, debiendo enfatizarse que habitualmente se utilizan para reestructurar tanto la deuda, como el capital, en el seno de una sociedad. Un *scheme of arrangement* implica un proceso en tres partes. En primer lugar, se propone el acuerdo entre la sociedad y sus miembros o acreedores, bajo la fórmula de *compromiso o acuerdo* se requiere simplemente que se reúnan las características propias de una transacción con contraprestaciones y no tenga un carácter confiscatorio o de simple apropiación. En un *scheme*, el término acreedor incluye tanto a los acreedores actuales, como los

Chapter 11 del Bankruptcy Code norteamericano⁹³, con dos objetivos fundamentales: (i) promover la reestructuración de empresas viables con dificultades financieras de modo que puedan evitar la insolvencia (*debt restructuring*); y (ii) facilitar la exoneración de deudas de empresarios insolventes o sobre endeudados pero de buena fe que les permita volver a operar de nuevo en el mercado gozando de una segunda oportunidad (*fresh start*).

Como su larga nomenclatura indica, la Directiva se ocupa principalmente de tres aspectos: los procedimientos preconcursales, la exoneración de deudas y un conjunto de medidas dirigidas a mejorar la eficiencia de los procedimientos, tanto concursales, como preconcursales.

El estudio del contenido de la Directiva 2019/1023 debe realizarse partiendo del análisis de los presupuestos de aplicación subjetivo y objetivo de la misma, recogidos en el Título Primero (arts. 1 a 3).

A estos efectos cabe distinguir entre los presupuestos subjetivo y objetivo, que conviene abordar por separado.

futuros cuando venza la obligación, así como a los contingentes. La segunda fase implica una reunión con los acreedores o los socios de la sociedad a los que se propone el acuerdo al objeto de obtener su aprobación por medio de las mayorías apropiadas, y con la particularidad de que los *scheme of arrangement* no tienen por qué afectar a la totalidad de los acreedores o de los miembros de la sociedad pudiéndose limitar a un subconjunto de ellos. Y la tercera, y última fase de un *scheme* consiste en su ratificación judicial. La orden de aprobación es eficaz desde el momento en que se deposita una copia en el registro de sociedades. La ratificación no es un acto puramente protocolario o formal, puesto que el Tribunal puede perfectamente rechazar un acuerdo que haya sido aprobado por la totalidad de las clases de acreedores o socios incluidos en el *scheme*. Para ello, se examina la importancia de la reestructuración de la deuda e identifica ciertas características esenciales que incrementan la efectividad del mecanismo de la reestructuración para las sociedades. Los Schemes of arrangement han sido estudiados en profundidad por PAYNE, J. *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014, 2ª ed, 2021; y en *Cross-border schemes of arrangement and forum shopping*, ebor, 2013, pp. 563-589; y de forma resumida en "Schemes of arrangement" y reestructuración de deuda en el Derecho inglés, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 22, 2015, pp. 315 y ss.

⁹³ Las empresas recurren a la bancarrota del Capítulo 11 cuando se ven afectadas financieramente, a menudo debido a una recesión temporal. Se usa típicamente para reorganizar una empresa, que puede ser una corporación, un propietario único o una sociedad. La Directiva incorpora herramientas jurídicas típicas de este sistema, como el "*cross-class cram-down*", la *absolute priority rule*, la moratoria o *stay*, la posibilidad de afectar a los socios, el *best interest of creditors test*, el *debtor in possession*, etc. GARCIMARTIN ALFEREZ, F., "El arrastre de los acreedores disidentes y la regla de la prioridad absoluta", *El almacén del Derecho*, agosto, 2017, disponible en <https://almacendeDerecho.org/los-mecanismos-arrastre-acreedores-disidentes-la-llamada-regla-prioridad-absoluta>.

8.1 Presupuesto subjetivo

El artículo 1 contiene la delimitación del *ámbito subjetivo* de aplicación de la Directiva, comenzando por identificar a *los empresarios, sean personas físicas o jurídicas*, como los sujetos a quienes resulta de aplicación la norma. Y en su apartado segundo se recogen los sujetos que quedan excluidos -delimitación negativa- del ámbito de aplicación de la Directiva. En este sentido, se declara expresamente excluidos de su ámbito de aplicación a las personas físicas que no tengan la condición de empresario, los organismos públicos con arreglo al Derecho nacional, las entidades de crédito, sociedades de seguros y reaseguros y otras instituciones y entidades financieras⁹⁴.

No obstante, y aunque en principio está dirigida únicamente a empresarios, en el art. 1.4 de la Directiva se recoge la posibilidad de que se pueda ampliar el ámbito de aplicación de la norma a las *personas físicas insolventes que no sean empresarios*.

Puede concluirse que la armonización europea de la pre insolvencia no incluye la reestructuración de la deuda de las personas físicas que no tengan la condición de empresarios (consumidores), quedando al libre arbitrio de los Estados Miembros permitir (como se hace en el caso español) o no, su acceso a dichas instituciones⁹⁵. Todo ello sin perjuicio de que la Directiva promueva la adopción de un marco para la regulación de procedimientos eficientes de exoneración de deudas dirigidos, en principio, para los empresarios.

8.2 Presupuesto objetivo

⁹⁴ Así señala el considerando 19 de la Directiva 2019/1023 que: “Esos tipos de deudores están sujetos a regímenes especiales y las autoridades nacionales de supervisión y de resolución disponen de amplias competencias de intervención en relación con ellos. Los Estados miembro deben poder excluir a otras entidades financieras que prestan servicios financieros sujetos a regímenes y competencias de intervención comparables”.

⁹⁵ Insiste en este aspecto, GOMEZ ASENSIO, C., La directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 12, febrero 2020, pp. 472-511.

El *presupuesto objetivo* de la Directiva es la *insolvencia inminente* en relación con los marcos de reestructuración, pero la cuestión es más compleja, por cuanto las alertas tempranas son anteriores a la insolvencia. Así, el primer presupuesto temporal lo constituyen las *alertas tempranas*, y junto a ellas, la *insolvencia inminente* en los supuestos de reestructuración.

Las “*alertas tempranas*” es realmente lo predictivo⁹⁶, buscando evitar la liquidación concursal mediante un sistema de alertas dirigidas a nuestros empresarios, con objeto de que tomen medidas a tiempo para favorecer la continuación de la empresa en evitación del concurso. La situación es que esa situación previa admite diferentes grados, desde “*probabilidad de insolvencia*”, “*riesgo de insolvencia*” o “*insolvencia inminente*”⁹⁷.

De la literalidad y espíritu de la Directiva, puede considerarse que el legislador contempla un estadio previo a la insolvencia inminente y, por tanto, que las dos primeras opciones de probabilidad o riesgo de insolvencia resultarían más acordes con la misma que la insolvencia inminente que define el art. 2.3 TRLC⁹⁸, y que sitúa al deudor en un estado en el que puede prever que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones⁹⁹.

“*Cuanto antes puedas detectar un deudor sus dificultades financieras y tomar las medidas oportunas, mayor será la probabilidad de evitar una insolvencia inminente*”. Con esta claridad se pronuncia el Considerando 22 de la Directiva, apostillando que en el caso de que la empresa cuya viabilidad haya quedado definitivamente deteriorada, más ordenado y eficiente será el procedimiento de liquidación.

⁹⁶ La Directiva parte de una situación previa a la insolvencia actual, al establecer que las medidas preventivas y de reestructuración se apliquen a una situación a la que se denomina en la versión inglesa “*likelihood of insolvency*”, en la francesa “*probabilité*”, y en la italiana “*probabilità*”.

⁹⁷ PULGAR EZQUERRA, J., “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva (UE) 2019/1023”, *Diario La Ley* n° 9474, Sección Doctrina, 10 septiembre, 2019, p. 8.

⁹⁸ Señala ROJO FERNANDEZ-RIO, A., “Comentario al artículo 2”, *Comentario de la Ley Concursal* (dir. ROJO, A./BELTRAN, E.), t. I, Civitas, Madrid, pp. 175-176, que el concepto de insolvencia inminente lleva implícita “la amenaza de una insolvencia futura”.

⁹⁹ Un estudio pormenorizado del concepto de insolvencia inminente puede examinarse en PALAO UCEDA, J., “*La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo*”, Ed. Bosch, Barcelona, 2013.

Para conseguir su objetivo, los Estados miembros de la Unión Europea deberán desarrollar una serie de herramientas que permitan detectar estas necesidades de reestructuración¹⁰⁰. A este respecto el artículo 3 de la Directiva indica que el deudor debe tener acceso a una o más herramientas de alerta temprana, que sean claras y transparentes, y que permitan detectar circunstancias que puedan provocar una insolvencia inminente, advirtiéndole de la necesidad de actuar sin demora¹⁰¹.

La Directiva apunta expresamente a la utilización de herramientas de alertas tempranas, que deben ser facilitadas por los Estados y que pueden consistir tanto en activar mecanismos para detectar el impago de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social, como en facilitar la detección a través de un test de insolvencia para que pueda actuar con la diligencia debida que se espera de cualquier comerciante. Es importante advertir que todo ello en función del tamaño de la empresa, estableciendo unas disposiciones específicas de alerta temprana para grandes empresas y grupos de empresas que tengan en cuentas sus especialidades (Considerando 22 de la Directiva)¹⁰².

En el Derecho español no se aporta ninguna regla de prevención clara para que, tanto el deudor como sus acreedores, pueda detectarla. El artículo 2 TRLC¹⁰³, cita como

¹⁰⁰ En este sentido, el nuevo “*Codice della crisi d’impresa e della insolvenza*” italiano, se adelanta en algunos aspectos a la Directiva, pasando de una Ley con carácter predominantemente liquidatorio a otra innovadora que promueve la continuidad empresarial. El Título II del nuevo *Codice* se encuentra dedicado en su integridad a la elaboración de un sistema de alertas tempranas y de soluciones asistidas de la crisis (el equivalente a nuestro pre-concurso). De esta forma, Italia se pone a la cabeza regulando un marco de alertas tempranas, antes incluso de la promulgación de la directiva europea mencionada. A grandes rasgos, el sistema italiano persigue predecir, a través de indicadores internos de la empresa, la necesidad de acogerse a un sistema de reestructuración; para ello, el Consejo nacional de auditores y expertos contables, elabora con periodicidad cuanto menos trienal un marco de índices que aspiran a predecir la situación de crisis empresarial.

¹⁰¹ Según el indicado precepto, las herramientas de alerta temprana podrán incluir: a) mecanismos de alerta en caso de que el deudor no haya efectuado determinados tipos de pagos; b) servicios de asesoramiento prestados por organismos públicos o privados; c) incentivos, con arreglo a la normativa nacional, para que los terceros que dispongan de información pertinente sobre el deudor, como contables, administraciones tributarias y de seguridad social, advierten al deudor sobre cualquier evolución negativa.

¹⁰² En Derecho italiano, se considera como indicadores de la crisis, los retrasos importantes en los pagos repetidos y significativos, tales como: a) La existencia de cuentas por pagar por salarios vencidos por al menos sesenta días por un monto igual a mayor a la mitad del monto total mensual de los salarios; b) La existencia de acreedores comerciales vencidos por al menos ciento veinte días por un monto mayor que el de los acreedores vencidos; c) La superación, en los últimos estados financieros aprobados, o en todo caso durante más de tres meses, de los índices elaborados “Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili”.

¹⁰³ El artículo 2, 4º del TRLC, dispone que: “La solicitud de declaración de concurso presentada por cualquier acreedor deberá fundarse en alguno de los siguientes hechos externos reveladores del estado de

presupuesto objetivo para que los acreedores puedan solicitar la declaración de concurso, la existencia de embargos previos, y el sobreseimiento generalizado de las obligaciones tributarias, de las cuotas de la seguridad social, o de salarios e indemnizaciones a los trabajadores, hechos externos reveladores del estado de insolvencia que más bien sirven para confirmar la insolvencia, que para detectarla.

La implantación de la Directiva, en lo referente a mecanismos de alerta temprana, con casi toda seguridad obligará a: 1. La designación de nuevas obligaciones contables y/o mercantiles (información en CCAA). 2. Exigencia de informes anexos a las Cuentas Anuales. 3. Exigencias de informes de expertos para, la negociación o renegociación de deuda, solicitud de subvenciones y licitación obras o servicios. 4. Creación de registros de solvencia (registro de cumplidores). 5. La profesionalización de las tareas de identificación de la insolvencia, la gestión de la viabilidad, la negociación de la reestructuración, el seguimiento del cumplimiento de los planes. 6. La Intervención Administradores profesionales en fases previas¹⁰⁴.

En este sentido, resulta destacable que el Banco de España, en colaboración con el Registro Mercantil y el Comité Europeo de Centrales de Balances, ya elaboran una serie de índices por sector de acceso público, que permite comparar la situación de una empresa concreta con otras similares¹⁰⁵.

insolvencia: 1.º La existencia de una previa declaración judicial o administrativa de insolvencia del deudor, siempre que sea firme. 2.º La existencia de un título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio sin que del embargo hubieran resultado bienes libres conocidos bastantes para el pago. 3.º La existencia de embargos por ejecuciones en curso que afecten de una manera general al patrimonio del deudor. 4.º El sobreseimiento generalizado en el pago corriente de las obligaciones del deudor. 5.º El sobreseimiento generalizado en el pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; el de las cuotas de la seguridad social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período, o el de los salarios e indemnizaciones a los trabajadores y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. 6.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor”.

¹⁰⁴ Así se ha considerado en el XXIX Congreso *Arc Méditerranéen des Auditeurs*, celebrado el 20 de noviembre de 2020, “La detección preventiva de la insolvencia: Una aproximación”, disponible en https://www.auditorsensors.com/uploads/20201126/La_deteccion_preventiva_de_la_insolvencia_ES.pdf

¹⁰⁵ Estos índices podrían adaptarse a la necesidad de la alerta temprana. Este sistema sería más rápido y completo si, en vez de las cuentas anuales depositadas en el registro mercantil, la estadística tuviese acceso al impuesto sobre sociedades de las empresas, ya que no todas las empresas depositan cuentas, lo hacen en tiempo, ni la información facilitada es tan completa.

Y, en los supuestos de la “reestructuración” del deudor¹⁰⁶, la concurrencia del presupuesto objetivo que la Directiva requiere es *la insolvencia sea inminente*¹⁰⁷ (si bien la norma no define lo que deba entenderse como tal, remitiéndose a la interpretación que cada legislación nacional realice del concepto¹⁰⁸), y que los marcos de reestructuración preventiva deben estar a disposición de los deudores para que puedan hacer frente a sus dificultades financieras en un momento temprano cuando resulta posible prevenir su insolvencia y garantizar la viabilidad de las actividades empresariales”¹⁰⁹, limitando así la liquidación innecesaria de empresas viables¹¹⁰.

¹⁰⁶ En este sentido, el art. 2.1.1) de la Directiva 2019/1023, contiene una definición de lo que debe entenderse por “reestructuración” a efectos de la Directiva: “*aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*”.

¹⁰⁷ Todas las versiones son auténticas, pero a lo largo de los trabajos de elaboración de la Directiva se ha utilizado la versión en inglés, que recoge los términos “*likelihood of insolvency*”. En la versión francesa se ha traducido como “*probabilité d’insolvabilité*”, y en la alemana “*wahrscheinliche Insolvenz*”. Como se puede observar, no son términos totalmente idénticos, si bien hay que tener en cuenta que tales conceptos de insolvencia inminente, se entenderán según la definición de la normativa nacional (art. 2.2. de la Directiva).

¹⁰⁸ En el Considerando 24 se dispone que: “*El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador*”.

¹⁰⁹ El marco de reestructuración debe estar disponible antes de que un deudor se encuentre en situación de insolvencia con arreglo a la normativa nacional, es decir, antes de que el deudor reúna las condiciones de la normativa nacional para entrar en un procedimiento colectivo de insolvencia que implique normalmente un total desapoderamiento del deudor y el nombramiento de un liquidador. A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la insolvencia inminente y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial (Considerando 24 de la Directiva, y Art. 1, 1º, a) de la Directiva, cuyo precedente se encuentra en el art. 18 de la *Insolvenzordnung* alemana de 1994.

¹¹⁰ Tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias y maximizar el valor total para los acreedores. Al mismo tiempo, las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia deben liquidarse lo antes posible. Cuando un deudor en dificultades financieras no es económicamente viable o no puede recuperar fácilmente la viabilidad económica, los esfuerzos de reestructuración pueden provocar la aceleración y la acumulación de las pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y otros interesados, así como de la economía en su conjunto. A este respecto, el considerando 24 de la Directiva dispone que: “*A fin de evitar una utilización abusiva de los marcos de reestructuración, las dificultades financieras del deudor deben indicar la inminencia de la insolvencia y el plan de reestructuración debe poder impedir la insolvencia del deudor y garantizar la viabilidad de la actividad empresarial*”.

El presupuesto básico lo constituye que el hecho de que el deudor no se encuentre en insolvencia, sino en un estado anterior a la misma, por lo que, si se acomete una reestructuración preventiva, podría no llegar a ser insolvente.

La ordenanza alemana de insolvencia (InsO) de 5 de octubre de 1995 recoge en su § 18 su presupuesto de apertura preventivo nominado como insolvencia amenazante “*Drohende Zahlungsunfähigkeit*”¹¹¹. Sin embargo, la aplicación del párrafo precedente solo puede considerarse en relación con los otros dos presupuestos de insolvencia: el sobreendeudamiento¹¹² y la insolvencia propiamente dicha¹¹³.

No solo el ordenamiento alemán, tiene presupuesto de apertura parecido. El concepto de “*temporanea difficoltà di adempiere*” de la vieja Ley concursal italiana que, con la Legge Fallimentare, se sustituyó por la fórmula “*stato di crisi*” (art. 160.1), ha pasado al nuevo “*Codice*” italiano considerando que, por “estado de crisis” no debe entenderse un estado de dificultad actual del sujeto, sino una situación en la que, adoptando una visión prospectiva de la situación económico-financiera, probablemente pueda manifestarse una “insolvencia futura”.

¹¹¹ El § 19 de la InsO, dispone que: “*Amenaza de insolvencia. 1. Si la demanda de apertura del procedimiento de insolvencia se efectúa por el deudor, la amenaza de insolvencia es también un presupuesto de apertura. 2. El deudor se encuentra en situación de amenaza de insolvencia cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes en el momento del vencimiento. 3. Para el caso de una persona jurídica o de una sociedad sin personalidad en la que la petición no sea formulada por todos los miembros del órgano de representación, por todos los socios personalmente responsables, o por todos los liquidadores, debe aplicarse el punto 1 solamente si el, o la solicitante están autorizados para la representación de la persona jurídica o de la sociedad sin personalidad.*”

¹¹² El § 19 de la InsO, establece: Sobreendeudamiento. 1. Para el caso de una persona jurídica, el sobreendeudamiento es también presupuesto de apertura. 2. El sobreendeudamiento existe cuando el patrimonio del deudor no cubre las obligaciones existentes, a menos que, la continuación de la empresa sea posible, consideradas las circunstancias del caso. Reclamaciones de devolución de préstamos de los socios, así como negocios jurídicos asimilados económicamente a estos, para los cuales conforme el §39 párrafo 2 entre acreedor y deudor se establezca una subordinación en el concurso que haya sido acordada tras el §39 párrafo 1 Nrs. 1 al 5, no han de computarse a efectos del párrafo primero de este artículo. 3. Para el caso de una sociedad sin personalidad jurídica, en la que ningún socio personalmente responsable sea una persona física, son aplicables analógicamente los puntos I y II. Ello no operará cuando la sociedad que es socio personalmente responsable tenga a su vez socios personalmente responsables que sean personas físicas

¹¹³ El §17 de la InsO, establece: La insolvencia. 1. Presupuesto general de apertura es la insolvencia. 2. El deudor es insolvente cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles. La insolvencia se supone como regla general cuando el deudor ha cesado en los pagos.

De acuerdo con el art. 2, lett. a) la crisis se define, como “*Un estado de desequilibrio económico-financiero que hace probable la insolvencia del deudor, y que para las empresas se manifiesta como flujos de caja futuros inadecuados para atender periódicamente las obligaciones previstas*”, diferenciándose de la insolvencia actual que “*se manifiesta con incumplimientos u otros hechos externos, que demuestran que el deudor ya no es capaz de cumplir con regularidad con sus obligaciones*”¹¹⁴.

En Derecho español, la definición del presupuesto de apertura preventivo de la insolvencia inminente se configura como un juicio de previsibilidad objetiva del deudor de su incapacidad para cumplir regular y puntualmente sus obligaciones (art. 2. 3º TRLC). De esta forma, el concepto de “*insolvencia inminente*”, sólo hace referencia a la previsión de cumplimiento irregular y/o tardío de las obligaciones del deudor, sin que exija en ningún caso que dicha situación sea, además, irreversible en el sentido de desembocar necesariamente en una insolvencia actual.¹¹⁵

Se trata de un pronóstico cierto de la insolvencia todavía no actual, referido no solo a la regularidad, sino también a la puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones por la previsión que se tiene de falta de liquidez y de crédito. Hay que tener en cuenta que la insolvencia inminente, al tratarse de una situación futura y previsible, presenta un cierto margen de incertidumbre, por lo que será preciso atender y controlar las circunstancias que concurran en cada caso.

En el Texto refundido, el presupuesto preventivo parte, no de que vea el deudor que *no va a cumplir*, sino que prevea que “*no va a poder cumplir*” - lo que exige una mayor prognosis¹¹⁶ - y donde los incumplimientos aislados no desempeñan un papel importante.

¹¹⁴ Sobre el concepto de insolvencia inminente en Derecho italiano, cfr. NIGRO, A. & VATTERMOLI, D. *Diritto della crisi delle imprese*, Le procedure concorsuali, Bologna. Il Mulino, 2009, p. 343.

¹¹⁵ Vid. en este sentido, RECAMÁN GRAÑA, E., Los deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis, *monografía núm. 44 asociada a Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, Madrid, 2016, p. 73; y GARRIGUES, WALKER, J., “*Curso de Derecho Mercantil*”, Madrid, Silverio Aguirre Torre, T. II, 1960, p. 516.

¹¹⁶ cfr. ROJO, A. en ROJO, A. Y BELTRÁN, E. (Dir.) *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, Thomson- Civitas, 2004, p. 176: “*El objeto de esa prognosis no es el incumplimiento de una o varias obligaciones: el deudor no se encuentra en estado de insolvencia inminente porque prevea que no va a cumplir, sino porque prevea que no va a poder cumplir...*”

La normativa vigente renuncia a fijar límites mínimos objetivos en la declaración preventiva de concurso. Tan solo exige que los vencimientos de las deudas que no puedan ser atendidos sean futuros para que se pueda instar la insolvencia inminente¹¹⁷. Una vez que ya se ha entrado en el período de insolvencia actual no puede apelarse a este presupuesto de apertura¹¹⁸.

Al igual que sucede con el presupuesto subjetivo, también existen exclusiones del presupuesto objetivo. Una de carácter potestativo, la posibilidad de los Estados miembros de excluir del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva a determinados tipos de créditos, (como los créditos de los trabajadores, los créditos por alimentos y créditos nacidos de la responsabilidad extracontractual del deudor); y otra de carácter obligatorio: la obligación de los Estados miembros de garantizar que los marcos de reestructuración preventiva no repercutan en los Derechos de pensión de jubilación devengados¹¹⁹.

¹¹⁷ cfr. PULGAR EZQUERRA, J., “Los presupuestos en la declaración del concurso de acreedores” en MAIRATA LAVIÑA, J. (Coord) *Aspectos Jurídicos del nuevo Concurso de Acreedores*, Vol. I, Madrid, ICAM, 2004, p. 161, “...las obligaciones no deben ser exigibles pues, de serlo, se habría producido un incumplimiento y la insolvencia sería actual y no inminente.”

¹¹⁸ cfr. UHLENBRUCK, W., en UHLENBRUCK, W. (Dir) *Insolvenzordnung Kommentar*, 12ª Auflage (Ed.), München, Franz Vahlen G.m.b.H., 2003, p. 395.

¹¹⁹ Ambas contenidas en los apartados 5 y 6 del artículo 1 de la Directiva.

II. SOBRE EL ADMINISTRADOR CONCURSAL.

Como ha señalado la doctrina, la complejidad de los procesos concursales justifica que, en todos los ordenamientos, exista un órgano específico que intervenga a lo largo de todo el proceso y concilie los diversos intereses concurrentes¹²⁰. La participación del administrador concursal en todas las fases del procedimiento y la heterogeneidad y complejidad de funciones que se le encomiendan, hacen de esta figura una pieza clave del concurso que puede contribuir decisivamente a su eficiente y rápida resolución¹²¹, o, por el contrario, puede restringir o dificultar sus posibilidades de éxito¹²². A este respecto GIRON TENA¹²³ en relación con el Anteproyecto de reforma de legislación concursal de 1983, afirmaba que los órganos concursales constituyen un capítulo vital para el éxito de un tratamiento legislativo del concurso¹²⁴.

La importancia de este órgano es tal que el éxito de un régimen de insolvencia depende en gran medida de aquellos que lo administran, bien actúen como liquidadores, *receivers* o *trustees*¹²⁵, por lo que todos los ordenamientos jurídicos dedican una especial atención a la configuración del órgano por la trascendencia que un adecuado diseño del mismo tiene¹²⁶.

1. Definición

¹²⁰ Vid. por todos, CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *GPS Concursal. Guía Profesional*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 321.

¹²¹ ALONSO LEDESMA, C., Los modelos de administración concursal. *La Administración concursal*, Thomson Reuters, p. 40.

¹²² ALONSO LEDESMA, C., Los modelos de administración concursal. *La administración concursal: VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia*. VV.AA. (dir.) ROJO, A., GALLEGOS E., y CAMPUZANO, A.B, Thomson Reuters, 1ª ed., 2016, p.40.

¹²³ GIRON TENA, J., “Introducción (Temario para una encuesta)” en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985, p. 24.

¹²⁴ En idéntico sentido ROJO FERNANDEZ-RIO, A., “Las opciones del anteproyecto de Ley concursal”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, cit., p. 103, al señalar que “Juez y Síndico son, en realidad, las piezas clave del concurso. De la precisa estructura y el adecuado funcionamiento de estos dos órganos concursales depende por completo el éxito del concurso”

¹²⁵ Figuras equivalentes a la administración concursal que están en íntima relación con el procedimiento de insolvencia que se siga, ya que en reino Unido no existe un solo procedimiento concursal, sino varios, en función de que se trate de la insolvencia de una persona física o jurídica y, según se trate, de liquidar la empresa o administrarla cuando ésta sea viable, o de llegar a acuerdos de refinanciación o de otro tipo para evitar la liquidación.

¹²⁶ Ya en el Informe del *Insolvency Law Review Committee*, *Insolvency Law and Practice* (conocido como *Cork Report*) de 1982, así se reconocía.

La definición de administrador concursal que efectúa la Directiva en su artículo 2¹²⁷, no es completa, puesto que solo se refiere al sujeto que actúa en el ámbito de la reestructuración. En nuestra legislación, ni la Ley Concursal ni el Texto refundido definen lo que deba entenderse por administrador concursal, y la tarea no resulta fácil por cuanto todas las que podamos examinar van referidas a las funciones que desempeña¹²⁸. En cualquier caso, la tarea de definir sus funciones es compleja, ya que, como señala CAMPUZANO LAGUILLO “la administración concursal no siempre administra, ni solo administra¹²⁹”.

El derogado Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, siguiendo con la tradición, lo denomina síndico y lo define como “cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor¹³⁰”.

Una definición más amplia la encontramos en el artículo 2 punto 5 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, cuando califica como «administrador concursal a cualquier persona u órgano¹³¹ cuya función, incluso de manera provisional, sea:

- i) comprobar y admitir pretensiones formuladas en procedimientos de insolvencia,
- ii) representar el interés general de los acreedores,

¹²⁷ El artículo 2 de la Directiva, define al “*administrador en materia de reestructuración*”, como toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las siguientes funciones: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones.

¹²⁸ En la legislación derogada, el artículo 33 de la Ley Concursal enumeraba una larga serie de funciones de los administradores concursales, agrupándolas en varios grupos, a saber: a) las de carácter procesal; b) las propias del deudor o de sus órganos de administración; c) las de materia laboral; d) las relativas a los Derechos de los trabajadores; e) funciones de informe y evaluación; f) funciones de realización de valor y liquidación; g) funciones de secretaría; h) y cualesquiera otras que esta u otras Leyes les atribuyan.

¹²⁹ CAMPUZANO LAGUILLO, “*GPS Concursal.... Op. cit.*”, p 322.

¹³⁰ Artículo 2, letra b, del Reglamento 1347/2000.

¹³¹ El anexo B del Reglamento, bajo el título “Administradores concursales a que se refiere el artículo 2 punto 5), en lo relativo a España menciona a los administradores concursales y los mediadores concursales.

- iii) administrar, total o parcialmente, los bienes de los que se ha desapoderado al deudor;
- iv) liquidar los bienes, o
- v) supervisar la administración de los negocios del deudor.

A la vista de todos los antecedentes existentes, se podría definir al administrador concursal como un *órgano necesario, de gestión y cooperación*.

En Derecho español, sólo el juez como órgano rector del procedimiento dotado de amplias facultades decisorias; y la administración concursal, como órgano técnico, con competencias y funciones propias, constituyen *órganos necesarios* en el concurso. Así lo advierte la propia Exposición de Motivos (apartado IV) de la Ley Concursal de 2003, al disponer que “*solo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios en el procedimiento*”. Mientras la intervención como parte del Ministerio Fiscal se limita a la sección sexta, de calificación del concurso, la administración concursal -alejado de las denominaciones tradicionales de sindicatura o de intervención-, constituye la figura central del concurso, encargado de perseguir las finalidades del procedimiento¹³². Es nombrado por el juez en el mismo auto por el que se declara el concurso, interviene en todas las fases del procedimiento, complementa la capacidad de obrar del concursado en los casos de intervención, y le sustituye cuando se le desapodera, y es cesado en el mismo momento en que se concluye el concurso. La administración concursal, se erige así, en un elemento imprescindible que auxilia al Juez, gozando de cierta autonomía si bien, su actuación se encuentra sujeta a la supervisión de éste¹³³.

¹³² Vid SAP Islas Baleares, de 31 de marzo de 2008 [AC 2008/1649] donde: “*La Ley Concursal ha optado por una administración dotada de simplicidad, no coexiste con otros órganos, salvo con el juez, ante el que está en situación de dependencia, y de profesionalidad, dada su composición; es un órgano colegiado de administración, y de composición mixta, en cuanto hay acreedor junto a los profesionales; ha optado por una administración ciertamente importante, pues sólo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios*”

¹³³ El artículo 82 TRLC establece que: “*La administración concursal está sometida a la supervisión del juez del concurso. En cualquier momento, el juez podrá requerir a la administración concursal una información específica o una memoria sobre el estado del procedimiento o sobre cualquier otra cuestión relacionada con el concurso*”. Por lo tanto, solo el juez del concurso puede supervisar la labor del administrador concursal, en cualquier estado del procedimiento y sin que medie una causa concreta. La supervisión es una obligación del juez del concurso y tiene por objeto controlar que la administración concursal cumple con sus obligaciones y que el proceso se desarrolla ordenadamente.

Y es un órgano de *gestión y cooperación*, porque se le atribuye la gerencia del concurso, estando dotado de una serie de facultades que la Ley le atribuye y le asigna el juez. Así la administración concursal, asiste o representa al concursado, completando su capacidad de obrar (arts. 106, 111, 120, 126, 204 TRLC); tiene atribuido el ejercicio de acciones concursales (arts. 109, 128.2 y 231 TRLC). En la fase común del concurso, ha de emitir el informe central del concurso (arts. 290 y 292 TRLC), formar el inventario de la masa activa (art. 198 TRLC) y elaborar la lista de acreedores (arts. 255, 259 y 285 TRLC). Cuando la solución del concurso sea el convenio, debe realizar una evaluación de su contenido (art. 347 TRLC), y cuando la solución sea la liquidación, su papel es aún más destacado, porque sustituye al deudor deberá elaborar el plan de liquidación (art. 416 TRLC) y realizar las operaciones de liquidación y el pago de los créditos, con la elaboración de los correspondientes informes (art. 424 TRLC), extendiéndose sus funciones hasta la conclusión del concurso, debiendo presentar el informe final de liquidación (art. 468 TRLC), y rendir cuentas de su actuación (art. 478 TRLC). Además de todo ello, es el único facultado para interponer acciones rescisorias de los actos del deudor (art. 231 TRLC), y el que debe emitir informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso, con propuesta de resolución (art. 448 TRLC).

2. Naturaleza jurídica del administrador concursal

La naturaleza jurídica de la administración concursal ha resultado ser una de las cuestiones más debatidas en lo que respecta al Derecho de la Insolvencia, puesto que sus funciones resultan complejas debido a una “variable” en cuanto a sus responsabilidades, que es lo que TIRADO MARTI denomina *heteroeficacia de actuaciones*¹³⁴.

¹³⁴ Resulta difícil encontrar una teoría que explique la naturaleza jurídica de los administradores concursales ya que las funciones que realiza son de tal variedad y complejidad que resulta difícil encontrar una que abarque la totalidad de las mismas, máxime teniendo en cuenta que el administrador concursal no realiza las mismas funciones en sede de intervención que en liquidación. El estudio de la institución y su naturaleza jurídica es una de las cuestiones más prolijas, habiendo sido profundamente abordada en España, de manera destacada, por TIRADO MARTÍ, I., *Los administradores concursales*, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p. 15.

Para conocer la verdadera naturaleza jurídica habrá que estar a la trasposición de la Directiva que finalmente apruebe el Parlamento español, puesto que no resulta posible conocer la naturaleza jurídica de una institución, sin conocer sus funciones, atribuciones, incompatibilidades, y régimen de responsabilidad y disciplinario. No obstante, y con la legislación en vigor, podemos exponer que el Consejo General del Poder Judicial, en su informe del Anteproyecto de Ley concursal, de fecha 6.11.2001, consideraba que el sistema elegido para la administración del concurso podía definirse como de *profesionales no profesionalizados*.

Los administradores concursales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del Juez, órgano principal del concurso de acreedores, y fiscalizadoras del concursado o administradoras de la masa concursa (en función de que el deudor conserve sus facultades de administración o haya sido suspendido y sustituido). Por un lado, es un órgano capaz de ejercer actos propios del deudor o de su órgano de administración y, por otro, ejercer actos que afectan a los derechos de los acreedores, tales como la propia elaboración de la lista de acreedores, determinando su inclusión o exclusión. Este hecho obliga a replantear la comprensión acerca de la naturaleza jurídica de este órgano, determinada por la posición jurídica que ocupa en el proceso, sea bien a través del desapoderamiento (en caso de suspensión de facultades) o la intervención y que se explican a través de teorías que estudian a este órgano concursal¹³⁵.

Puede servir de orientación, para definir la naturaleza de la administración concursal, el depositario de la quiebra, órgano del proceso y colaborador del Juez, de carácter efímero e interino, cuya naturaleza era eminentemente auxiliar, para responsabilizarse de la custodia de los bienes y de su administración. A esta opinión coadyuva la regulación del primer Código de Comercio de 1829, sobre el nombramiento del comisario y

¹³⁵ Acerca de los modelos teóricos tradicionales del órgano de gestión no judicial en el concurso cfr. ETXARANDIO HERRERA, E., *Manual de Derecho Concursal*, 2 ed., Madrid, 2009, p. 286 y ss., son tres los modelos tradicionales: a) El síndico acreedor, que era propio de las concepciones privatistas, que eliminaba los riesgos del burocratismo de los funcionarios y corporativismo de los profesionales; b) un profesional experto, donde se admite una gran variedad de configuraciones en designación y contextura, y que se bifurca en el modelo plenamente profesionalizado por sus condiciones subjetivas y la independencia; c) síndico funcionario, contratado por la Administración, o persona jurídica empresarial pública, cuya ventaja deriva de la rigurosa selección en función de unos conocimientos predeterminados, la transparencia en la distribución de los concursos, y su disciplina.

depositario (comerciantes de la confianza del juzgado) o de los síndicos (acreedores, normalmente empresarios), aunque interpretado sistemáticamente, después del RD 871/1977, de 26 de abril, que aprueba el Estatuto Profesional de los Economistas y Profesores Mercantiles, la designación de comisario y depositario ha recaído entre dichos profesionales.

Podría considerarse que el antecedente más próximo de los administradores concursales, se encuentra en los interventores de la suspensión de pagos. La doctrina científica¹³⁶ es unánime al configurar a los interventores de las suspensiones de pagos como auxiliares del juez y de naturaleza jurídica análoga a los peritos judiciales, aunque con facultades legales que van más allá de los preceptivos o voluntarios informes, por ejemplo, en el ejercicio de funciones de control de la vida mercantil del suspenso, por delegación de la autoridad judicial.

Como expone GONZALEZ GARCIA¹³⁷ la razón de ser de la administración concursal en la configuración finalmente recogida en la Ley concursal es una consecuencia de los dos objetivos pretendidos por ésta, a saber: la conservación del patrimonio del deudor durante la tramitación del concurso impidiendo que éste disponga del mismo libremente, y la continuidad de la actividad económica del concursado. Ambos aspectos se encomiendan a la administración concursal, que deberá controlar que la actividad del deudor, al que se limita en las facultades y que deberá actuar con sometimiento a las autorizaciones de la administración concursal, se ajuste a los dos objetivos antedichos de conservación patrimonial y gestión empresarial.

¹³⁶ TORRES DE CRUELLS, J., *La suspensión de pagos*, Barcelona, Bosch, 1957, pp. 201-206. SAGRERA TIZÓN, J. M.^a, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1989, vol. 1.º, pp. 560-575. CORDÓN MORENO, F., *Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisdiccional*, 3.^a ed., Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 85-86. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. y otros, *Derecho procesal práctico*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, Vol. 9.º, pp. 271-272. RUIZ DE GORDEJUELA, L., «Procesos concursales», en *Derecho Concursal*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial (Cuadernos de Derecho Judicial), 1992, pp. 64-66. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M. M.^a, «La intervención judicial en la suspensión de pagos», en *Derecho Concursal II* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 61-77.

¹³⁷ GONZALEZ GARCIA, M.A., La administración concursal, *Revista de estudios económicos y empresariales*, nº 18, 2006, pp. 175 a 192

El administrador concursal cumple un papel esencial en el procedimiento concursal configurándose como una institución esencial para la solución del concurso. Su papel estelar se exterioriza en su relevante participación en el concurso, ya sea mediante la intervención de la facultad de administración y disposición sobre el patrimonio del concursado o su suspensión, según el régimen de limitación de las facultades de disposición establecido por el juez del concurso; o bien en la elaboración del listado de acreedores que viene a determinar los que tienen la consideración de acreedores concursales¹³⁸.

Según PEREZ-CRUZ MARTIN¹³⁹ la solución que se adopte en torno a la naturaleza jurídica de la administración concursal tiene una gran importancia para poder comprender y ayudar a solucionar las múltiples cuestiones que las Leyes concursales no solucionan y que la práctica plantea, en torno a una institución que debe administrar, representar y controlar intereses de sujetos diversos y antagónicos. Sin una construcción dogmática sólida el intérprete está irremediablemente condenado al fracaso.

Estas dificultades de construcción dogmática se acrecientan en la Ley Concursal, donde se ha procedido a una arriesgada fusión o amalgama de los antiguos síndicos e interventores, con una generalización no adecuadamente lograda de soluciones específicas y con algunas incoherencias tan evidentes que resultan llamativas.

Las posiciones doctrinales que, en torno a su naturaleza jurídica, se han formulado, son de distinto signo, así la teoría de la representación; la teoría orgánica; la teoría orgánica modificada; y la teoría del oficio y sus variantes.

2.1 Teoría de la representación

¹³⁸ GARCIA MARRERO, J., Ponencia impartida en el seno de las XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, bajo el título *El Estatuto de la administración concursal. Algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento*, 23 y 24 de noviembre de 2011.

¹³⁹ PEREZ-CRUZ MARTIN, A.J., “La administración concursal. Su régimen Jurídico en la Ley Concursal, *Revista de Derecho procesal* 3-4/2001, noviembre 2011, pp. 15 a 90.

La teoría de la representación¹⁴⁰, llamada así por considerar que los administradores concursales actúan en interés ajeno y los efectos de lo actuado recaen directamente en la esfera de un tercero, presenta múltiples variantes que giran en torno a la clásica polémica a propósito de si los administradores son representantes o sustitutos legales del deudor; o, por el contrario, si son unos representantes de los acreedores, o de múltiples partes (acreedor, deudor y concurso)¹⁴¹.

La primera de las variantes, por ser la más antigua¹⁴², es la *consideración de los administradores como representantes de los acreedores*. Esta teoría se basa en la apreciación del concurso como un procedimiento destinado a la satisfacción de los acreedores, ya que el administrador concursal tiene como tarea fundamental que aquellos cobren sus deudas.

La teoría es una elaboración de la doctrina alemana en donde los acreedores juegan un papel mucho más relevante que en el Derecho español, puesto que tienen capacidad para intervenir y decidir en todas y cada una de las fases del concurso¹⁴³. Se apoya sobre el “desapoderamiento” como Derecho de prenda concursal o “embargo general” del patrimonio del deudor común¹⁴⁴. Declarado el concurso y “embargada” la masa en interés de los acreedores se nombra a los administradores concursales como representantes de la agrupación unitaria de aquéllos, siendo los encargados de administrar la masa¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Acuñada por TIRADO MARTÍ, “*Los Administradores..... op. cit.*”, pp. 18 a 64.

¹⁴¹ En relación a la representación de los acreedores, esta teoría asienta sus bases legales en la doctrina alemana del *konkursordnung* de 1887, con él, se pretende que la sindicatura concursal logre a través del establecimiento de figuras legales como el embargo o el Derecho de prenda concursal, la satisfacción de los créditos de los acreedores de aquellos bienes propios del deudor; los mismos que deberán ser administrados y liquidados para su posterior entrega a los acreedores, a esta actuación es precisamente lo que viene a denominarse actos de “subordinación” de los administradores concursales para con los acreedores. Acerca de esta representación, vid. PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Civitas, Madrid, 1994

¹⁴² En Derecho español, sobre los interventores cuando actuaban según el art. 21 de la Ley de suspensión de pagos: TORRES DE CRUELLES, J., *La suspensión de pagos*, Bosch, Barcelona, 1995, 2ª ed., p. 138. En Italia, MASI, T., *Del fallimento e della bancarotta*, Bologna, 1887, Tomo I, p. 297. En Alemania, KOHLER, J., *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, Encke, 1891, p. 399.

¹⁴³ En Alemania los acreedores forman una agrupación unitaria susceptible de representación.

¹⁴⁴ HÄSEMEYER, L., *Insolvenzrecht*, Ed. Carl Heymanns Verlag, 2007, Colonia, p. 277.

¹⁴⁵ Términos empleados por TIRADO MARTÍ, “*Los Administradores..... op. cit.*”, p. 19, con cita de KOHLER, en *Lehrbuch des Konkursrechts* p. 399 y en *Leitfaden des deutschen Konkursrechts*, Stuttgart, Enke, 1903, 2ª ed., p. 203; SEUFFERT, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Leipzig, Dunken & Humblot, 1899, p. 157; ECKSTEIN, “Die rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung

En el Derecho español derogado, la teoría podía tener su fundamento en el artículo 1366 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que otorgaba a los síndicos la facultad de solicitar la retroacción de la quiebra, en su condición de representación de la masa de acreedores de la quiebra¹⁴⁶

Esta teoría es descartada en su totalidad por corresponder a una serie de aspectos incongruentes con los principios de la propia Ley concursal¹⁴⁷, es decir, que no cabe la posibilidad de afirmar, que el concurso sienta sus bases legales en la satisfacción de los acreedores, y segundo, que estos actúan como gestores de aquellos intereses de los acreedores¹⁴⁸. Los administradores no proceden en nombre de los acreedores ni vinculan el patrimonio de los mismos, sino que los efectos de la actuación del órgano recaen sobre la masa activa concursal y, en último extremo, sobre su titular desapoderado, el deudor común. La masa activa no es ni patrimonio de los acreedores, ni está afectada por sus créditos de manera real por lo que no es posible entender que las actuaciones de la administración concursal recaigan sobre los acreedores.

Una segunda variante, toma como punto de partida *la consideración de los administradores como representantes del deudor*, sujeto sobre los que recaen los efectos de la actuación del órgano. Esta teoría entiende que la masa activa concursal es propiedad del deudor y la administración concursal es un representante del concursado que actúa en

und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und Zwangsverwalters”, ZZP, núm. 40, 1910, p. 86; CANSTEIN, Grünhuts Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart, núm 9, 1982, pp. 461 y ss.

¹⁴⁶ GONZALEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, González ed., Madrid, 1856, p. 62: “Los síndicos son... los representantes de los acreedores encargados de dirigir los asuntos comunes y de activar la terminación del procedimiento pagando cuanto antes las deudas”. En el mismo sentido, MARTI DE EIXALA, R., *Instituciones de Derecho mercantil de España*, Barcelona, Sociedad general de publicaciones, 1911, 9ª ed., p. 500. También, GAY DE MONTELLA, R., *Código de comercio español comentado*, Barcelona, Bosch, 1948, Tomo V., p. 173.

¹⁴⁷ En España no existe una relación entre embargo y prenda, lo que por si mismo, ya constituye un argumento para descartar la tesis. En este sentido, CARRERAS LLANSANA, J., *El embargo de bienes*, Barcelona, Bosch, 1957, p. 138.

¹⁴⁸ En el Derecho Español derogado esta teoría pudiera haber tenido relevancia al ser la Junta de acreedores quien elegía a los miembros de la sindicatura de entre los propios acreedores, por cuanto la pérdida de la condición de acreedor suponía la cesación como síndico. Vid. TIRADO MARTÍ, “*Los Administradores...*”, op. cit., p. 20.

nombre de éste vinculando su patrimonio de manera directa en el ámbito sustantivo y procesal¹⁴⁹.

Esta construcción supone, en el ámbito material, reconocer que los efectos de los actos, procesos y negocios jurídicos celebrados por los administradores concursales son imputables al concursado¹⁵⁰, considerando que como los poderes y facultades de los administradores concursales emanan directamente de la Ley (arts. 106 y 120 TRLC), su actuación debe enmarcarse en el ámbito de la representación legal¹⁵¹. Y en el ámbito procesal supone que la eficacia de cosa juzgada de los procedimientos en los que ha intervenido la administración concursal no afecte a ésta, sino al deudor, quien además tendrá a su cargo la obligación del pago de las costas procesales en el caso de que asea condenada a su pago.

Esta teoría tampoco se considera suficiente al no constituir base sólida para explicar una institución jurídica compleja, dada la heterogeneidad de la eficacia de los actos de administración (se representa al deudor cuando administran la masa activa y a los acreedores cuando ejercitan acciones de reintegración o llevan a cabo la graduación de créditos) y dado que muchas de las labores que realizan los administradores concursales (tales como las notificaciones, el cumplimiento de los requisitos de publicidad,

¹⁴⁹ En España defienden esta teoría MARTINEZ FLORES, A., “Los efectos sobre el deudor (artículo 40)”, en ROJO/BELTRAN, *Comentarios a la Ley Concursal*, pp. 785 y ss.. CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 14º ed., Madrid, Reus, 1984, V. 1, Tomo II, p. 870. En Alemania la defienden los autores más civilistas: LENZ, F., “Zur Lehre von der Partei Kraft Amtes”, ZJP, núm. 62, 1941, pp. 129 -209; LARENZ, K., *Derecho civil, parte general*, Madrid, Editoriales de Derecho reunidas, 1978, pp. 760-762; ENNECCERUS, L./NIPPERDEY, H.C., *Tratado de Derecho civil, parte general*, 3 ed., Barcelona, Bosch, 1981, Tomo I, vol. II, p. 460. Y en Italia, su principal defensor es ZAPPAROLI, F., *Introduzione ad uno studio sul “contraddittore fallimentare”*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 53 y ss, en donde establece las diferencias existentes según el tipo de actividad que desarrolla el administrador concursal, considerando que nos encontramos ante la representación, cuando los actos que realizan ponen en la misma dirección a deudor y acreedores; pero cuando el órgano actúa contra los intereses del deudor, tiene un cariz público que recuerda al funcionario de un proceso de ejecución.

¹⁵⁰ MARTINEZ FLORES, A., “Los efectos sobre el deudor (artículo 40)”, en ROJO/BELTRAN, *Comentarios a la Ley Concursal*, p. 785.

¹⁵¹ A ello, no se opone la circunstancia de que el concursado no sea un sujeto incapaz de obrar, puesto que la incapacidad de obrar no es un presupuesto de la representación legal, como lo demuestra el hecho de que el Derecho positivo prevea expresamente algún supuesto de representación legal de personas capaces (la representación legal de los ausentes, ex art. 181 y ss. del Código civil). Tampoco se opone a dicha calificación la circunstancia de que la administración concursal no actúe solo o de forma predominante a favor del concursado representado, pues la actuación del representante en interés del representado no constituye un requisito esencial de la representación, aunque sea lo normal.

elaboración de informes, valoración de la masa activa, etc.) quedarían fuera de su esfera de aplicación.

Es en el ámbito procesal donde menor acogida tiene esta teoría por cuanto la actividad que llevan a cabo los administradores concursales en juicio es, en muchas ocasiones, contra el concursado¹⁵². No es concebible que el órgano de administración sea a la vez representante y demandante de una persona, pues el deudor sería a la vez demandante y demandado, lo que constituye una incongruencia difícilmente salvable¹⁵³.

La aprehensión de la institución de la representación también se ve resentida, pues solo su configuración más amplia puede servir para explicar una administración patrimonial en la que los intereses defendidos son, en ocasiones, contrarios a los del representado.

La tercera variante, toma como punto de partida la *consideración de los administradores concursales como representante de múltiples partes*, esto es, el órgano de administración como representante de múltiples sujetos según el acto de que se trate.

El Profesor ROJO FERNANDEZ-RIO¹⁵⁴, analiza la representación entre el apoderamiento y la representación legal que se le otorga a la administración. Apoderamiento como tal, en el entendido de que, en la actuación del poderdante, este podrá realizar en nombre y por cuenta del empresario el giro y tráfico, dirigiendo y contratando sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento; situación contraria a la que se otorga a la administración concursal como representante debido a las actuaciones previstas a partir del procedimiento del concurso, alejando al órgano concursal de la representación pura del empresario.

¹⁵² GARRIGUES WALKER, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Silverio Aguirre Torre, Madrid, 1976, p. 486.

¹⁵³ ENNECCERUS, L./NIPPERDEY, H.C., *Tratado de Derecho civil, parte general*, 3º ed., Barcelona, Bosch, 1981, Tomo I, Vol. II, pp. 461-462.

¹⁵⁴ ROJO FERNANDEZ-RÍO, A., “La representación del empresario”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, MENÉNDEZ A. (Dir.), 5ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 174

Por lo tanto, buscando una aproximación a la naturaleza propia estaríamos frente a un órgano concursal *representante de múltiples partes*. Esta heterogeneidad de actuación supone la representación de los distintos sujetos en el proceso concursal, logrando apartarse de la representación propiamente teórica debido a no establecer por sí, un elemento unificador. Lo que el legislador pretende con la creación del órgano de administración concursal, es establecer una tutela de intereses múltiples que se alejan de sólo aquellos intereses del titular en cuyo patrimonio o actividad recae la esfera jurídica concursal.

En palabras del maestro GARRIGUES WALKER¹⁵⁵ estos “*representan a la quiebra*”, *equivalente en un sentido amplio como representación de intereses del concurso, es decir, por un lado, poseen el carácter de representantes de los acreedores y por otro como administradores legales del patrimonio del deudor –concurso necesario– pronunciándose a favor de la representación mixta*. Dada la heterogeneidad de la eficacia de aquellos actos de la administración, la administración concursal representa al deudor cuando administra la masa activa y a los acreedores cuando ejercitan acciones de reintegración o llevan adelante la graduación de créditos.

2.2 Teoría orgánica

Un segundo grupo de teorías encuentra cobijo en la *teoría orgánica* que considera a la administración concursal como órgano de la masa activa concursal que se forma como consecuencia del desapoderamiento del deudor. Parte de la base de que la masa activa constituye un patrimonio separado, independiente que nace con la declaración del concurso, que tiene capacidad para ser parte y tiene como finalidad la realización de las actividades establecidas en la Ley. Los administradores concursales son, pues, los representantes legales de la masa¹⁵⁶.

¹⁵⁵ GARRIGUES WALKER, J., *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Aguirre, 1983, 8ª ed., Tomo II, p. 489.

¹⁵⁶ Se puede considerar como creador dogmático de la teoría aplicada al concurso a HELLWING, K., *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Tomo I, Leipzig, Deichert'sche Verlagsbuchhandlung, 1907, pp. 295 y ss., al que siguieron BÖTTICHER, E., “*Die Konkursmasse als Rechtsträger und der Konkursverwalter als ihr Organ*”, ZZP, núm 77, 1964, p. 55; ERDMANN, D., “*Praktische Konsequenzen der Behandlung des Konkursverwalters als Organ der Konkursmasse*”, KTS, 1967, pp. 87 y ss.; HANISCH,

El principal mérito de la teoría consiste en que el administrador concursal se convierte en un ser independiente de las partes en el concurso, ya que solo representa a la masa activa. Encuentra su justificación en una serie de disposiciones de la Ley¹⁵⁷, tales como el ejercicio de las acciones rescisorias (art. 231 TRLC); la facultad de presentar demandas, interponer recursos, desistir, allanarse total o parcialmente y transigir litigios cuando la materia litigiosa pueda afectar a la masa activa (art. 120 TRLC); la de defensa de la masa en los procedimientos que se entablen contra la misma (art. 242, 3º TRLC), lo que ensambla perfectamente con el artículo 6 de la LEC, que otorga la capacidad para ser parte, *a las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración.*

Sin embargo, pese a que la masa activa concursal constituye un patrimonio separado, de ello no puede derivarse personificación alguna, ya que el otorgamiento expreso de personalidad jurídica a la masa del concurso (entendida la capacidad para ser parte como la aptitud para ser sujeto de un proceso, es decir titular de las obligaciones, cargas y Derechos que aparezcan a lo largo de la tramitación procesal), no puede entenderse como argumento a favor de la teoría orgánica, ya que el concepto es puramente procesal y debe aplicarse únicamente al proceso de la función jurisdiccional¹⁵⁸.

TIRADO MARTÍ considera que “*no existen preceptos legales que reconozcan el estatus independiente de la masa de una manera clara*”¹⁵⁹. No cabe duda de que la masa concursal constituye un patrimonio separado, pero de este hecho no puede derivarse personificación alguna¹⁶⁰. El patrimonio concursal, tras la separación, es objeto, no sujeto de Derechos y, por tanto, los bienes que lo integran, son un objeto, pero no un sujeto de

H., *Rechtszuständigkeit der Konkursmasse*, Frankfurt am Main, Metzner, 1973, pp. 19 y ss, y 277 y ss.; y el más reciente de STÜRNER, R., *Aktuelle Probleme des Konkursrechts – Zur Neubearbeitung des Jaegerschen Kommentars*, ZZP núm. 94, 1981, p. 263.

¹⁵⁷ STÜRNER, *Aktuelle*, *op. cit.* pp. 289-298.

¹⁵⁸ LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Valladolid, Lex Nova, 2000, Tomo I, p. 114.

¹⁵⁹ TIRADO MARTÍ, “*Los Administradores...*”, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶⁰ PAZ-ARES RODRIGUEZ, J.C., en URÍA/MENENDEZ (Dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Civitas, 1999.

relaciones jurídicas. Si la administración concursal es un representante de la masa activa cuya delimitación supone la de los poderes del órgano, es difícil explicar cómo la actividad de los administradores puede vincular al deudor una vez concluido el concurso.

Como una variante de la teoría orgánica, se encuentra la *teoría orgánica modificada*, es construcción doctrinal a medio camino entre la teoría de la representación del deudor y la teoría orgánica¹⁶¹.

Esta teoría parte de la distinta consideración del órgano de administración en función de si el deudor es persona física o persona jurídica. Si se trata de deudor persona física, el órgano concursal es configurado como representante legal del deudor común; ahora bien, (aquí se encuentra la diferencia con la teoría orgánica), si es deudor persona jurídica, el administrador es representante orgánico del deudor y no de la masa. Según esta posición doctrinal¹⁶², la personificación de la masa no es posible -ni deseable- ya que hay un sujeto preexistente a la insolvencia que continúa siendo el titular del patrimonio.

Las principales críticas a esta teoría residen en una visión totalmente liquidativa del proceso concursal, sin prever la restructuración y continuidad empresarial, ya que la diferencia fundamental estriba que si bien la persona jurídica se disuelve y acaba por extinguirse una vez se liquida su patrimonio, no sucede lo mismo con la persona física deudora que mantiene su supervivencia.

Además de la crítica indicada, también estriba la diferencia en sus presupuestos, así: la falta de identidad perfecta entre masa activa y empresa; y en la pérdida de la base esencial de la teoría consistente en que el patrimonio no puede estar sin alguien que lo

¹⁶¹ Esta teoría fue creada por SCHMIDT, K/SCHULZ, W., “Konkursfreies Vermögen insolventer Handelsgesellschaften?”, ZIP, 1982, pp. 1015 y ss., en la versión resumida en GRÜNEBERG, C., “Die Rechtspositionen der Organe der GmbH und des Betriebsrates im Konkurs”, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1986, pp. 22-41.

¹⁶² Vid. SCHMIDT, “Der Konkursverwalter”, pp. 370-371.

administre. El art. 106 TRLC establece la prohibición al administrador societario de administrar y disponer de sus bienes, y ello con la única intención de que se favorezca el desarrollo del proceso concursal, debiendo tener en cuenta que la norma nada dice sobre los antiguos órganos sociales, los cuales se mantienen (art. 126 TRLC), por lo que no se puede decir que exista una total inactividad, puesto que el patrimonio se encuentra siempre administrado.

Complementariamente con lo expuesto, hay que subrayar que la liquidación concursal no es igual a la societaria, ya que la liquidación concursal se realiza con el único objeto o finalidad de satisfacer a los acreedores; y sin embargo, la societaria, tiene como finalidad la satisfacción de los socios. La anterior reflexión resulta válida aun teniendo en cuenta la previsión del art. 485 TRLC, que proclama el deber del administrador concursal de extinguir la persona jurídica y cancelar su inscripción en los registros que corresponda, puesto que el administrador liquidador quedar sometido a las normas del Derecho concursal y no del societario¹⁶³.

2.3 Teoría del oficio y sus variantes

El tercer y último grupo de teorías lo encontramos en la *teoría del oficio y sus variantes*. La teoría del oficio construye una institución atendiendo a su finalidad, alrededor del cual explica cada una de las actuaciones legalmente atribuidas. Según esta teoría el administrador concursal actúa en nombre propio, con efecto inmediato en el patrimonio del deudor concursado, como titular de un oficio de naturaleza privada creado por Ley en interés público para alcanzar los objetivos concursales¹⁶⁴.

Esta teoría es la dominante en la doctrina alemana¹⁶⁵ e italiana¹⁶⁶ aunque en España no se haya producido una recepción específica, si bien autores como PRIETO-CASTRO

¹⁶³ Vid. TIRADO MARTÍ, *Los Administradores*, op. cit., p. 53.

¹⁶⁴ Así, la denominación de administradores, recibida de la tendencia dogmática alemana dominante, de concebir al “*Insolvenzverwalter*” como una suerte de liquidador de la empresa del deudor concursado, que representa a la masa en función de un cargo u oficio.

¹⁶⁵ Por todos, HÄSEMEYER L., *Insolvenzrecht*, Ed. Carl Heymanns Verlag, 2007, Colonia, pp. 281-285.

¹⁶⁶ Por todos, FERRARA, F., “Patrimoni sotto amministrazione”, in *Rivista del Diritto commerciale*, VII, 1912, pp. 317-339.

Y FERRANDIZ¹⁶⁷ o RAMOS MENDEZ¹⁶⁸ quienes han considerado a la administración concursal (antes Sindicatura) como parte por razón del cargo.

En virtud de esta teoría las competencias conferidas a la administración concursal no son Derechos subjetivos propios del órgano sino deberes atribuidos en el ejercicio del “*oficio*”. El referido órgano actúa en nombre propio, pero en su condición de administrador del concurso. Se trata de la teoría que cubre la totalidad de la compleja realidad del órgano de administración del concurso, ofreciendo una visión panorámica de sus funciones¹⁶⁹.

Se coloca al Derecho concursal en el centro de atención, y como ejes fundamentales, al supremo interés del concurso y la satisfacción a los acreedores. Quizás el mayor acierto de la teoría consiste en haber captado mejor que ninguna otra, la *neutralidad subjetiva* del órgano concursal¹⁷⁰. El oficio se crea para dar cauce a un procedimiento imperativo, en el que el titular de dicho oficio se debe únicamente al fin que le ha señalado la Ley, con absoluta independencia de las partes, colocando al administrador concursal por encima de los participantes en el concurso, y esta es la razón, por la que se le dota de facultades de disposición y administración.

En todo caso, ante las dificultades expuestas para explicar la naturaleza jurídica del administrador concursal y dada la heterogeneidad de funciones que se atribuyen a este órgano, la teoría más autorizada para entender su régimen parece ser la teoría de la *legitimación funcional indirecta* que postula TIRADO MARTÍ¹⁷¹, y que engloba el concepto tanto de legitimación indirecta como binomio potestad-interés del concurso. Ante ello, la administración concursal no ejerce por sí Derechos subjetivos propios, sino acoge una función o potestad de cierto tinte obligatorio, que precisamente convierte la potestad o función en un deber.

¹⁶⁷ PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 1985, 2ª ed., Tomo I, p. 271.

¹⁶⁸ RAMOS MENDEZ, F., *Derecho procesal civil*, Barcelona, Bosch, 1992, Tomo I, p. 246.

¹⁶⁹ PRADA GAYOSO, “La administración...», *op. cit.*, p. 61.

¹⁷⁰ Vid. TIRADO MARTÍ, *Los Administradores*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁷¹ TIRADO MARTÍ, *Los administradoresop. cit.* pp. 74 y 75.

Sin duda, cada una de las teorías expuestas tienen algo de validas, pero cada una de ellas, por si sola, no explica el contenido de las funciones del administrador concursal. La escasa jurisprudencia existente anterior a la Ley Concursal (STS 08.11.1941 y STSJ de Navarra de 11.11.1995) consideraba a los interventores de las suspensiones de pagos como auxiliares del juez y de naturaleza jurídica análoga a los peritos judiciales, aunque con facultades legales que van más allá de los preceptivos o voluntarios informes que debían emitir en el ejercicio de funciones de control de la vida mercantil del suspenso.

Desde la entrada en vigor de la Ley concursal, los Juzgados y Tribunales han tenido ocasión ya de manifestarse, de manera tangencial, en torno a la cuestión que abordamos, resultando unánime: a) la consideración de la administración concursal como el componente personal imprescindible de todo concurso, de naturaleza técnico-profesional en atención a la complejidad del proceso de ejecución universal y de asesoramiento y auxiliar del Juez del concurso; b) la atribución a la administración concursal de la gerencia del concurso mismo, lo que incluye desde la masa pasiva, a las facultades patrimoniales del deudor, y, desde luego, del patrimonio, a cuyo efecto es dotado de potestades y poderes jurídicos concretos o determinables por el juez del concurso; y c) la atribución de la facultad de evacuar informes sobre la situación del concursado, y de evaluación de las propuestas de convenio o del plan de liquidación, así como de asesoramiento del juez sobre la marcha del concurso¹⁷².

Con independencia de cuál sea su naturaleza jurídica, lo relevante es que la administración concursal es, después del Juez, el órgano esencial en el concurso. Excepto las resoluciones que dicta el juez, cualquier otro asunto, informe, documento, crédito, recurso, etc. o debe redactarlo, conocerlo, o aprobarlo la administración concursal, por lo que sin más preámbulos pasamos al examen de este órgano.

¹⁷² Cfr. la SJM nº 6 de Madrid de 26 de febrero de 2008. (consultada en BELTRÁN SÁNCHEZ y SÁNCHEZ PAREDES (Dirs.); *Cinco años de aplicación de la Ley Concursal*, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 288) según la cual, “resulta que es voluntad del legislador el dotar a los Administradores concursales – sea cual fuera su condición- de las mismas garantías de independencia e imparcialidad que a los Jueces y Magistrados (art. 33.2 LC en relación con el art. 124 LEC, que remite al art. 219 LOPJ), de tal modo que si bien dichas causas de abstención y recusación deben respetarse restrictivamente resultan exigibles con todo rigor.

3. Configuración del órgano

La importancia que para el buen desarrollo del concurso reviste la administración concursal es algo incuestionable y comúnmente aceptado por todos aquellos estudiosos de la materia¹⁷³.

Como ya advirtiera CARRERAS LLANSANA respecto a la sindicatura¹⁷⁴ y, posteriormente, TIRADO MARTÍ¹⁷⁵, las funciones del órgano de administración son tantas y de tan importante calado que el posible éxito del concurso está íntimamente ligado a la elección del modelo orgánico adecuado. La elección de éste, en su estructura y diseño, ha sido una cuestión analizada y debatida sin grandes avances en su determinación. Los intentos de buscar una respuesta en el Derecho foráneo tampoco han sido fructíferos, dadas las concretas características de cada sistema concursal y su directa repercusión en la confección del órgano (así, entre otros, la concepción del concurso como meramente liquidativo o conservativo, o como un proceso dirigido a proteger el interés público o a resolver un problema entre particulares).

Los distintos modelos han sido estudiados en profundidad por TIRADO MARTÍ¹⁷⁶, pudiendo afirmar que existen cuatro modelos: a) un modelo público, con intervención directa de las Administraciones Públicas; b) un modelo acreedor, integrado por los interesados directamente en el proceso; c) un modelo profesional, compuesto por especialistas en la administración de procesos concursales; y d) un modelo abierto, o semi abierto, con carácter residual, en el que caben distintas opciones.

3.1 Modelo público

¹⁷³ Así se destaca en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional en 2006, o en los “Principios para sistemas efectivos de insolvencia y Derechos de los acreedores” elaborados por el banco Mundial en 2005, revisión de 2015.

¹⁷⁴ CARRERAS LLANSANA, J., “El Juez y la Sindicatura”. *La Reforma del Derecho de Quiebra. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal Español*, Madrid, Civitas, 1982. p. 250.

¹⁷⁵ TIRADO MARTÍ, *Los administradores..... op. cit.*, p. 369.

¹⁷⁶ TIRADO MARTÍ, *Los administradores..... op. cit.*, pp. 371 y ss.

El primero, un modelo público en el que la administración concursal estuviera integrada en la estructura del personal de la Administración Pública, bien un funcionario público, bien funcionario de carrera o personal laboral contratado por la administración¹⁷⁷.

Plantea la posible viabilidad de un cuerpo funcionarial propio de alta cualificación para el desempeño de las labores de administración concursal, si bien con cierto recelo, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN¹⁷⁸. También en este sentido PACHECO GUEVARA¹⁷⁹ que se muestra partidario de la creación de un cuerpo de funcionarios auditores forenses para la llevanza del concurso. En contra de este modelo ya se pronunciaba, si bien respecto a la sindicatura, CARRERAS LLANSANA¹⁸⁰.

Las ventajas anudadas al mismo son indiscutibles: mayor especialización con pruebas objetivas de acceso, exclusividad en el ejercicio del cargo y reducción de costes. Los inconvenientes son por todos conocidos: baja productividad ante la falta de estímulo con el consecuente incremento de costes y la atribución a un cuerpo público, o personal dependiente de la Administración Pública, de la tutela de un interés que se ha de regir por los parámetros del libre mercado y no por las consecuencias que la solución concursal pueda tener para la sociedad (piénsese en el conflicto que pudiera darse si se produjese el despido de un grupo de trabajadores por su conveniencia económica para la empresa, pero con fuerte influencia en la sociedad). La gestión por aquéllos de este tipo de situaciones puede conllevar una merma de su independencia en orden a ofrecer la solución que, en términos económicos, beneficie al interés del concurso, único parámetro rector de su actuación.

¹⁷⁷ Este es el sistema que se mantiene en el Reino Unido en el procedimiento judicial de liquidación de sociedades (*compulsory winding-up*) en donde quienes desempeñan las labores de liquidación son los *Official Receivers*, funcionarios adscritos al *Insolvency Service*, entidad ésta que es una agencia ejecutiva dentro del departamento de *Business, Innovation and Skills*, dependiente del Ministerio de Comercio e Industria, que cumple el papel de supervisor en relación con las personas que desempeñan labores de liquidadores.

¹⁷⁸ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa”, en “*La liquidación concursal*”, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 163, nota al pie 10

¹⁷⁹ PACHECO GUEVARA, A., “*La administración concursal*”, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 289-294.

¹⁸⁰ CARRERAS LLANSANA, “*El Juez y la sindicatura op. cit.*”, p. 260.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN¹⁸¹, y PACHECO GUEVARA¹⁸² plantean la posible viabilidad de un cuerpo funcional propio de alta cualificación para el desempeño de las labores de administración concursal, si bien con cierto recelo, mostrándose partidarios de la creación de un cuerpo de funcionarios auditores forenses para la llevanza del concurso. En contra de este modelo ya se pronunciaba, si bien respecto a la sindicatura, CARRERAS LLANSANA¹⁸³.

El modelo público es minoritario, entre otras razones porque tiene el inconveniente de destinar recursos públicos para resolver crisis empresariales privadas, al que se une la excesiva burocracia, la lentitud del procedimiento, etc.¹⁸⁴.

3.2 Modelo acreedor

El segundo, un modelo acreedor en virtud del cual la administración concursal estaría integrada por titulares de créditos concursales. Esta opción orgánica era la imperante para los síndicos en el Derecho derogado. En éste, la exigencia de colegialidad -no es concebible un modelo de administración concursal unipersonal integrada por un solo acreedor-, sería imperativa, por ser los acreedores interesados directos. El fundamento de este modelo es razonable: si el fin principal del concurso es la satisfacción de los acreedores, lo lógico sería que fueran éstos, o los elegidos por ellos, quienes gestionaran tal interés. Algunos inconvenientes se daban entonces, aplicables hoy día, como es la falta de objetividad. Es incontestable el hecho de que el acreedor administrador concursal actuará con mayor o menor intensidad en función de su interés en el concreto objeto que se esté planteando. La exclusividad en el cargo y la falta de formación también sería, dado el *numerus clausus* de elegibles, un problema para tener en cuenta.

¹⁸¹ GARCIA-ROSTAN CALVIN, G., “Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa”, *La liquidación concursal*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 163.

¹⁸² PACHECO GUEVARA, A., “*La administración concursal*”, Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 289-294.

¹⁸³ CARRERAS LLANSANA, J., “*El juez y la sindicatura del concurso*”. *Reforma del derecho de quiebra*, Jornadas sobre la reforma del derecho concursal, Civitas, Madrid, 1982, p. 260.

¹⁸⁴ Por cuyas razones los redactores del anteproyecto de Ley concursal de 1983 desecharon este sistema, al constar que los inconvenientes eran superiores a las ventajas que podría reportar.

3.3 Modelo profesional

En tercer lugar, encontramos el modelo de administración concursal profesional¹⁸⁵, basado en una composición integrada por sujetos especialistas en la gestión de estados de crisis económica con formación en materia concursal y dedicación exclusiva. Por este modelo se decantó el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 que, aunque no concretaba el grado de profesionalización exigible, hasta un posterior desarrollo reglamentario, preveía un sistema unipersonal compuesto por administradores concursales que se integraban en un registro sito en el Ministerio de Justicia como titulares de una “organización profesional” adecuada para ejercer las funciones del cargo.

Los beneficios de esta opción son varios: de un lado, la formación técnica especializada de sus miembros; de otro, la experiencia en el sector; y, en último término, la reducción de costes consecuencia de la interdisciplinariedad en su formación.

3.4 Modelo abierto

Por último, una cuarta posibilidad sería el modelo abierto, por mor del cual el órgano encargado de elección escoge a aquella persona que mejor se adapta, a su juicio, a las circunstancias y especialidades del concreto concurso. El mayor beneficio que se predica de este modelo es su posibilidad de adaptación y flexibilidad en su composición. Sin embargo, la falta de control imperante en esta opción podría conllevar importantes corruptelas. Si con la LC se optó por un modelo semi-profesionalizado en el que se contaba con la asistencia de dos profesionales, uno del ámbito jurídico y otro del ámbito económico-contable, y de un acreedor, tras la reforma operada por la Ley 38/2011 se opta por un modelo profesionalizado, con cierta tendencia hacia un modelo abierto, en el que se permite al juez, en función de las concretas especialidades del concurso, elegir al administrador que mejor se adapte a aquéllas (art. 27.4.1º LC).

¹⁸⁵ A favor de la profesionalización en la legislación española, se pronuncia: MENENDEZ MENENDEZ, A., “Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal”, en GIMENO/GOMEZ LAFUENTE, *Estudios jurídicos en homenaje a José María Chico y Ortiz*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 1322.

La gran mayoría de las legislaciones (EE.UU, Francia, Italia, España, etc.) han optado por el modelo privado, si bien con distintas variantes, según su nombramiento lo realice el juez, los acreedores, o sistema trimembre cuyos componentes eran nombrados por el juez y los acreedores¹⁸⁶.

3.5 Modelo semi-abierto

De los distintos modelos de selección de la administración concursal, la Directiva opta por un *modelo semi-abierto* cuya característica esencial reside en que los sujetos elegibles forman parte de unas listas previamente elaboradas que quedarán a disposición de los juzgados o, en su caso, de la junta de acreedores, siendo que los requisitos para integrar las listas serán de mínimos al exigirse un nivel básico de formación técnica, pero no la especialización estricta del modo profesional; siendo que éste modelo se presenta como un híbrido entre el modelo abierto puro y el modelo profesional, pero más cercano al primero. Éste es el modelo por el que opta la norma concursal vigente.

En este sistema de designación la discrecionalidad y capacidad de elección del órgano de designación de los administradores concursales dependerá directamente del grado de exigencias subjetivas para integrarse en las listas y del modo en que se formen las listas. También de ello dependerá la posibilidad de adaptar al concreto caso la elección del profesional integrado en las listas más idóneo al específico proceso concursal.

El modelo cuenta con una serie de ventajas¹⁸⁷ ya que quien designe podrá elegir a la persona idónea para cada concurso, pero dicha ventaja se ve contrarrestada con el inconveniente de que muchas veces resulta imposible predecir *a priori*, cual es la persona que mejor se adapta a las peculiaridades de cada concurso. Averiguar las características

¹⁸⁶ En la anterior legislación española, dos de los tres los interventores en las suspensiones de pagos eran nombrados por el juez, siendo nombrado el tercero por los acreedores; y en la quiebra, los síndicos eran nombrados en junta de acreedores.

¹⁸⁷ Sobre las ventajas e inconvenientes del modelo abierto de administración concursal, se han tenido en cuenta las consideraciones de TIRADO MARTÍ, I., “La sindicatura concursal”, en ROJO, A. (dir.) *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 207-210; y de MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Artículos 27 a 33” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004, p. 256).

de las personas que mejor se adaptan a las particularidades de un caso concreto, puede llevar cierto tiempo que siempre es un factor determinante en las crisis empresariales, lo que puede poner en duda las ventajas del sistema abierto¹⁸⁸.

3.6 Modelo adoptado por el legislador español

En España, el papel que debía desempeñar la administración concursal fue cuidadosamente diseñado por la ambiciosa reforma legislativa de 2003 ligado al diseño siempre judicial del procedimiento optando por un procedimiento siempre judicial, inspirado en una finalidad conservadora solutoria. El proceso concursal se instaura entonces sobre el postulado de que el mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del concursado constituye la forma más segura para que los acreedores puedan cobrar mejor, siquiera en exiguo importe y aunque sea más tarde que pronto.

De entre los modelos posibles para la administración concursal, se optó por uno predecible, de régimen privado sin especialización formal, de selección judicial, abierto, y que recibía de la masa activa una retribución arancelaria por referencia al valor teórico de ésta, junto al importe del pasivo, como segundo parámetro de cálculo.

Siguiendo con nuestra tradición legislativa, la Ley concursal española, en su redacción original, estableció un sistema de administración concursal trimembre, de base personalista, con conocimientos jurídicos y económicos, de designación judicial discrecional¹⁸⁹, debiendo recaer el nombramiento de uno de los miembros en un acreedor

¹⁸⁸ Sobre la importancia capital del tiempo en el porvenir de los procedimientos concursales, BELTRÁN, E., “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico”, en ROJO, Ángel (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 323-329), para quien “No hay que olvidar [...] que en una crisis empresarial el transcurso del tiempo puede ser determinante [...]. En efecto, la larga duración del concurso perjudica a todos los interesados: no solo al deudor y a su empresa, en cuanto que la crisis retrae el crédito y acelera el deterioro de una empresa, sino también a los acreedores, a quienes no puede tenerse demasiado tiempo pendientes del cobro de los créditos, e incluso puede afectar a los competidores, que no disfrutan de las ventajas competitivas del concursado”.

¹⁸⁹ HURTADO IGLESIAS, S., “Administración concursal y administrador en materia de reestructuración”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, Wolters Kluwer, Nº 33, 2020, p.266

que fuese titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado¹⁹⁰.

Este modelo colegiado que adoptó inicialmente nuestra legislación, no tenía equivalente prácticamente en ningún ordenamiento¹⁹¹. Su funcionalidad se mostró escasa ya que, aparte de los inconvenientes provenientes de la colegiación en la toma de decisiones que, inevitablemente, ralentiza la adopción de las mismas¹⁹² suponía de otros inconvenientes como el encarecimiento del procedimiento lo que lo hace más ineficaz.

Con la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, se cambia el sistema de administración concursal trimembre, por el de otra integrada por un único miembro, debiendo resaltarse otro elemento de significativa importancia, como fue la posibilidad de designación de una persona jurídica para el desempeño de la administración concursal, integrando en la misma a los profesionales de las áreas jurídica y económica¹⁹³.

El Texto refundido de la Ley concursal declara vigente el artículo 27 de la Ley, en su redacción anterior a la Ley 17/2014, por lo que en la actualidad la administración concursal está compuesta por un solo miembro¹⁹⁴.

¹⁹⁰ Esta regulación se mantuvo vigente y sin cambios, aunque no exenta de polémica y debates doctrinales, hasta la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de reforma de la Ley 22/2003, concursal, que cambió el modelo y se evolucionó a un sistema de administración concursal de un solo miembro, jurídico o económico, nombrado por el juez.

¹⁹¹ TIRADO, I., “La sindicatura concursal” en ROJO, A. (dir.) *La Reforma de la Legislación Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 216

¹⁹² ROJO, A., “Las opciones del Anteproyecto de Ley concursal”, en estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985, p. 103

¹⁹³ La opción de designar administrador concursal existe también en otros países, pero queda restringida a diversas sociedades profesionales, tales como despachos de profesionales asociados, como sucede en Italia; sociedades profesionales integradas solamente por administradores concursales, como sucede en Francia; o agrupaciones de interés económico, como sucede en EE.UU.

¹⁹⁴ El Artículo 27 de la Ley Concursal, en redacción anterior a la Ley 17/2014, (que se corresponde con el texto de la Ley 38/2011, de 10 de octubre), dispone que: “1. La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones: 1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal. 2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

La configuración del administrador concursal en Derecho español, puede experimentar un cambio cuando se trasponga la Directiva 2019/1023, por cuanto en su Considerando 88 establece que “la Directiva no debe impedir que los Estados miembros dispongan que los administradores concursales sean seleccionados por el deudor, por los acreedores o por una junta de acreedores a partir de una lista o selección que sea previamente aprobada por una autoridad judicial o administrativa.”

Profundizaremos sobre este extremo al abordar el capítulo de la selección del administrador concursal.

4. Los órganos de la administración concursal en ordenamientos jurídicos europeos

Los países de nuestro entorno atribuyen al órgano de administración un considerable número de funciones, constituyendo, junto con el juez, pieza fundamental del proceso, hasta tal punto que la doctrina alemana ha afirmado que “preguntarse por el diseño y por la configuración de este órgano equivale a plantearse el propio destino del concurso¹⁹⁵”.

Teniendo en cuenta la importancia que el órgano tiene, resulta imprescindible aproximarnos, siquiera brevemente, a la configuración jurídica que la administración concursal tiene en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

4.1 Derecho alemán

La Ley concursal alemana (*Insolvenzordnung*)¹⁹⁶, prevé un procedimiento que puede consistir tanto en la liquidación del patrimonio del deudor, como en la adopción de un plan de saneamiento (*Insolvenzplan*) para la empresa concursada, empleando el término *Insolvenzverwalter* para referirse al administrador concursal.

¹⁹⁵ WEBER, en JAEGER, *Konkursordnung. Grosskommentar*, 8ª ed., 78, Rdn. 7, Berlín, WdG, 1973, p. 41 cuando afirma «die Auslese des Verwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses»; reproducido por TIRADO MARTÍ, «La sindicatura...», *op. cit.*, p. 156.2

¹⁹⁶ Con antecedentes en la *Konkursordnung*, que estuvo vigente desde 1877.

En el momento de presentar la solicitud de concurso, el artículo 21 de la Ley alemana¹⁹⁷ prevé la posibilidad de que el juez nombre un administrador provisional encargado de determinar si el patrimonio del deudor es suficiente para cubrir los gastos que conlleva el expediente. En el caso de que dicho patrimonio no fuese suficiente, o el deudor no cubriese la diferencia, el juez denegará la solicitud.

Desde la entrada en vigor de la Ley para la mejora de la reestructuración de empresas -*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* (en adelante, ESUG)-, el 31 de noviembre de 2011, la regla general es la intervención de las facultades del deudor, por lo que entre las funciones que en Alemania se atribuyen al administrador podemos destacar las propias de la intervención, tales como: la continuación y negociación de los contratos vigentes del deudor; la revocación de actos y contratos perjudiciales; la custodia y conservación de los bienes, etc¹⁹⁸.

En la confección del plan de insolvencia, dirigido a la conservación de la empresa, el administrador juega un papel de relevancia, pero cesa en sus funciones una vez se aprueba el mismo, salvo que el plan no se ejecute y se abra la liquidación, pasando a ser el liquidador de los bienes.

En Alemania, la posición jurídica del administrador concursal es una cuestión teóricamente controvertida y fuertemente discutida que ha tenido una notable influencia en otros ordenamientos jurídicos de su entorno¹⁹⁹.

¹⁹⁷ En adelante InsO.

¹⁹⁸ Vid. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M.I., y SIERRA NOGUERO, E., «Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *“Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 2, 2005 (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor), p. 1416.

¹⁹⁹ En el país germano se han postulado distintas construcciones, de entre las cuales debemos destacar: a) la teoría del cargo público (*Amtstheorie*), probablemente la opción de mayor acogida doctrinal, que conceptúa al órgano de administración como un “liquidador judicial oficial que actúa en nombre propio” - que opera junto a la concursada y no como su órgano o representante-; b) la teoría del representante (*Vertretertheorie*) que configura al administrador como un representante del deudor; c) la teoría del órgano (*Organtheorie*), en virtud de la cual se considera a la administración concursal como órgano de la masa; y d) la nueva teoría del órgano o del representante (*neue Vertreter der Organtheorie*), en cuyo seno el administrador concursal es un representante de la masa concursal en los casos de concursos de persona física, mientras que se convierte en órgano de administración y representación obligatorio en los concursos de personas jurídicas.

Es el juez quien nombra al administrador (Insolvenzverwalter) debiendo recaer el nombramiento en una persona física experta en negocios e independiente de los acreedores y del deudor²⁰⁰. Se encuentra bajo la vigilancia del juzgado de la insolvencia²⁰¹. Debe desempeñar el cargo con diligencia y corrección, y responde de los daños y perjuicios que pueda causar su actuación.

Los acreedores tienen mucha importancia en el Derecho concursal alemán. Así, constituidos en junta, pueden controlar la actividad de los administradores, y deben autorizar a los administradores a desempeñar de determinadas prácticas, tales como: el cese en la actividad de empresa; la enajenación parcial o total de ésta; o, incluso, a la hora de decidir sobre procedimientos especialmente costosos²⁰².

La última reforma acometida con la ESUG²⁰³ refuerza aún más el papel del comité de acreedores. Con anterioridad, éste solo se constituía una vez declarado el concurso, pero en la actualidad, tras la entrada en vigor de aquélla, el Juez puede convocar al comité en la fase provisional del concurso, de forma inmediata, cuando la empresa deudora cumpla determinados requisitos²⁰⁴, y aun cuando no se cumplan, deberá convocar uno provisional a requerimiento del deudor, de algún acreedor o del administrador concursal nombrado provisionalmente por el juez (art. 22 InsO)²⁰⁵

4.2 Derecho Francés

²⁰⁰ Art. 56.I de la InsO.

²⁰¹ Art. 58 de la InsO.

²⁰² Arts. 68; 69; 158 y 160, 2, 1º y 3º de la InsO.

²⁰³ La reforma para facilitar aún más la reestructuración de empresas (ESUG, abreviatura de “Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen”), de 7 diciembre 2011, en vigor desde el 1 marzo de 2012.

²⁰⁴ La concurrencia de las siguientes circunstancias: a) que la suma total del balance sea superior a 4.840.000 euros descontadas las deducciones de pérdida de valor de la parte del activo; b) que la facturación sea superior a 9.680.000 euros en los doce meses previos; c) que cuente con una media superior a 50 empleados durante el año anterior.

²⁰⁵ Sobre el particular, vid. FERRE FALCÓN, J. y KELLER, N., «La reforma de la legislación concursal alemana», *Anuario de Derecho concursal*, N° 27, 2012, pp. 328 y 329

El Derecho francés²⁰⁶, (*Droit de la Faillite*) propone tres alternativas: a) el salvamento preventivo, dirigido a resolver el problema de compañías que son solventes desde un punto de vista de liquidez; b) la reorganización, con el propósito de salvar la industria, salvar empleos y pagar a los acreedores²⁰⁷; y c) la liquidación judicial por un liquidador profesional²⁰⁸, por lo que regula la existencia de dos figuras distintas: el administrador judicial y el mandatario-liquidador, en razón del doble modelo instaurado en aquel país (*sauegarde o redressement judiciaire*)²⁰⁹.

Los órganos esenciales en Francia siguen siendo el juez y la administración concursal. Sin embargo, al existir varias vías de solución de conflicto posibles la administración concursal puede estar compuesta por distintos órganos. El deudor es la única persona que puede solicitar el inicio de un procedimiento de salvamento preventivo. En cambio, los procedimientos de administración o liquidación judiciales pueden ser solicitados, además de por el deudor, por un acreedor o por la fiscalía, siempre que no exista un procedimiento de conciliación en curso (procedimiento previo a la quiebra).

Hay que tener en cuenta que la figura del administrador concursal en Francia no es única, sino que se existen cuatro, a saber: *Mandataire judiciaire*, *liquidateur*, *administrateur judiciaire* y *commissaire à l'exécution du plan*. En cualquier caso, los administradores concursales son profesionales designados judicialmente y siempre actúan bajo la supervisión del Tribunal o juez que les ha nombrado, y la fiscalía.

En los supuestos en los que la empresa no puede afrontar el pago a sus acreedores – *redressement*²¹⁰–, se nombra a un *mandataire judiciaire* que se instituye como

²⁰⁶ Regulado en su *Code de Commerce* tras la promulgación de la “Loi de sauvegarde des entreprises dans difficultés n° 585” del 26 de julio de 2005. viene regulado en el Código de Comercio francés en su Libro VI. A diferencia del resto de países, el concurso no tiene su propia Ley separada y distinta del Co.Com. El Libro VI tiene por título *Des difficultés des entreprises, es decir*, “de las dificultades de las empresas”.

²⁰⁷ Parecido al Chapter 11 del Código de EE.UU.

²⁰⁸ Parecido al Chapter 7 de EE.UU.

²⁰⁹ Sobre tal particular, vid. ANDEL DASSO, A., “*Derecho Concursal Comparado*”, Vol. 2, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008, pp. 805 a 832.

²¹⁰ El *redressement judiciaire* o reorganización o reestructuración judicial, se regula en los artículos L631-1 y siguientes del Co.Com. Es requisito objetivo que el deudor se encuentre en una situación de suspensión de pagos para poder incoar este procedimiento. En la mayoría de su regulación, se aplica de manera supletoria el articulado previsto para el caso de *sauegarde*.

representante de aquéllos y se encarga de proteger los intereses de los mismos, comunicando, cuantificando y llevando a cabo el cobro de los créditos, así como buscando posibles situaciones para revertir la situación de crisis empresarial por medio de un posible convenio o a través de cualquier otro remedio.

La figura del *administrateur judiciaire*, está previsto para aquellas situaciones en los que empresa se encuentra en dificultades, pero que todavía puede hacer frente a sus deudas –*sauvegarde*²¹¹-. Fundamentalmente su labor consiste en la búsqueda de soluciones para salir de la situación de crisis económica –financiación, posibles adquirentes, etc.-, informando al juez de las posibilidades de reflote y viabilidad empresarial.

Solo en los supuestos en los que no sea posible enderezar la empresa y, por tanto, garantizar su continuidad, se nombra a un liquidador judicial (*liquidateur*²¹²), encargado de realizar y liquidar el patrimonio entre los acreedores²¹³.

4.3 Derecho inglés

El sistema concursal inglés, sistematizado, según la doctrina mayoritaria, en un cuerpo normativo desde 1543²¹⁴, representa una auténtica excepción al modelo de base jurisprudencial del *Common Law*.

²¹¹ La apertura de esta vía de resolución de insolvencias se regula en los artículos L620-1 y 621-1 a 621-12 Co.Com. Es un procedimiento preventivo de la situación de insolvencia, ya que está destinado a *facilitar la reorganización de la empresa con objeto de permitir la continuidad de la actividad económica, el mantenimiento del empleo y la liquidación del pasivo* (L620-1). Únicamente el deudor puede solicitar la apertura de este procedimiento.

²¹² La liquidación tiene un carácter subsidiario que únicamente se abre si las demás posibilidades han fracasado. Para que tenga lugar la liquidación, el deudor debe estar declarado en suspensión de pagos y además concurrir el hecho de que con la reorganización o reestructuración judicial sea manifiestamente imposible solucionar el conflicto. Tiene como finalidad que cese la actividad de la empresa.

²¹³ Sobre el particular, vid. VÉLAZ NEGUERUELA, J.L., «La administración concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2012, pp. 147 y ss.

²¹⁴ “An act against such persons as do make bankrupt”.

En la actualidad, el sistema concursal inglés, regulado en la *Insolvency Act* de 1986²¹⁵, se integra por dos grandes bloques, en función del sujeto al que va dirigido el concreto procedimiento. Así se denomina “*Bankruptcy*” cuando se trata de personas físicas; y *Winding-Up* cuando se trata de un proceso de carácter liquidativo, el cual cuenta con dos modalidades: la liquidación extrajudicial (*Creditors’ Voluntary Winding-Up*) gestionada por el deudor y los acreedores con el nombramiento de un *Insolvency Practitioner*, con apenas participación del órgano jurisdiccional; y la liquidación judicial (*Compulsory Winding-Up*) solo aplicable subsidiariamente en defecto de la anterior que se configura como un procedimiento intervenido por los *official receivers*, órganos de naturaleza jurídico-pública.

La Ley de Insolvencia de Reino Unido proporciona cuatro tipos de procedimientos cuando una empresa se encuentra en una situación de insolvencia: a) un acuerdo voluntario entre la compañía y los acreedores²¹⁶; b) el procedimiento de administración, donde un administrador concursal (*insolvency practitioner*) reemplaza a la junta directiva²¹⁷; c) la administración judicial o *receivership*, disponible solo para una lista numerus clausus de ocho tipo de operaciones relacionadas con asociaciones público-privadas, proyectos de servicios públicos y compañías ferroviarias protegidas²¹⁸; y d) de manera subsidiaria, cuando los anteriores han fracasado, el procedimiento de liquidación²¹⁹.

Las funciones asignadas a los distintos órganos de administración varían según el tipo de proceso. Así en los procesos de *Winding-Up*, en sus dos modalidades, los órganos de administración son el *Insolvency Practitioner* y el *Official Receiver* quienes llevan a cabo una labor muy similar, si bien los primeros necesitan con más frecuencia la aprobación de sus propuestas por parte del *Liquidation Committee* que es un órgano

²¹⁵ Actualizada por la *Enterprise Act* o Ley de Empresa de 2002 que entró en vigor el 1 de abril de 2004, que introdujo modificaciones sustanciales en los procedimientos de administración para las empresas.

²¹⁶ Parte I CVA.

²¹⁷ Parte II *Administration* en relación con el Anexo B1.

²¹⁸ En este caso el administrador (llamado practicante de insolvencia es designado por el titular de un cargo flotante) (Parte III); y, de manera subsidiaria cuando todos los anteriores han fracasado, el procedimiento de liquidación (Parte IV).

²¹⁹ Parte IV. Si bien el procedimiento de liquidación suele ser el final más frecuente de una empresa insolvente, el Informe Cork de 1982 fijó como prioridad forjar una cultura de rescate de las mismas.

formado por acreedores y, en su caso, por socios de la sociedad quebrada, concebido para controlar el desarrollo del procedimiento. Ambos son órganos técnicos con un elevado grado de especialización que han superado determinadas pruebas objetivas de cualificación, siendo los segundos funcionarios públicos adscritos al *Insolvency Service* (dentro del *Department of Trade and Industry*).

En los procesos de administración judicial o *receivership*, el *Administrative Receiver* asume la gestión ordinaria de la sociedad, llevando a cabo todas aquellas operaciones necesarias para lograr satisfacer a los acreedores.

El Derecho inglés, también regula el procedimiento de administración²²⁰, pudiendo una persona ser nombrada administradora de una empresa bien por orden de administración de la Corte; bien por el titular de una carga flotante²²¹; o bien por la empresa o sus directores. La forma de designación del administrador acaba influenciando el control que es ejercido sobre su actuación. Así quién acaba ejerciendo un control sobre su posición es quién en un primer momento lo ha seleccionado, sin perjuicio del control general que los tribunales ejercen sobre todos los procedimientos de insolvencia.

En este punto conviene hacer una matización. Debido a la facultad que el párrafo 59²²² concede al administrador y la popularidad de los nombramientos extrajudiciales, las llamadas “administraciones preempaquetadas” eran cada vez más frecuentes²²³.

²²⁰ En la Parte II *Administration*, en relación con el Anexo B1.

²²¹ La carga flotante es una garantía real sobre un fondo de activos cambiantes (por ejemplo, acciones) de una empresa u otra persona jurídica. A diferencia de una carga fija, que se crea sobre una propiedad determinada y definida, una carga flotante se crea sobre una propiedad de naturaleza ambulatoria y cambiante. Ejemplos de dicha propiedad son cuentas por cobrar y existencias.

²²² El administrador puede hacer "*cualquier cosa necesaria o expedita para la gestión de los asuntos, negocios y propiedad de la empresa*".

²²³ Recomendaciones como la recogida en *Re Transbus International Ltd* seguían esta línea: *las reglas de administración tenían la intención de ser "una alternativa más flexible, más barata y comparativamente informal a la liquidación" y, por lo tanto, con respecto a hacer lo que es conveniente* ", cuantas menos solicitudes se tengan que presentar ante el tribunal, mejor. Por lo general, los directores de la empresa negociaban con su banco y el administrador, para vender el negocio a un comprador inmediatamente después de abrir el procedimiento de administración. Ante esta situación, debido a que ya se ha acordado un acuerdo entre las partes interesadas controladoras (directores, profesionales de insolvencia y el principal acreedor garantizado) antes de una consulta más amplia, los acreedores no garantizados no tienen voz. En *Re KayLey Vending Ltd* , que se refería a un administrador designado por el tribunal, el Juez HH Cooke sostuvo que un tribunal se asegurará de que los solicitantes de una administración *prepack* proporcionen suficiente información para que un tribunal concluya que el esquema no se está utilizando para perjudicar

4.4 Derecho italiano

La Ley que regula el procedimiento concursal en Italia es el Decreto Legislativo n° 14, de 12 de enero de 2019 que contiene el Código de la crisis y de la insolvencia (*Codice della crisi*)²²⁴, que ha dejado atrás la vieja *Legge Fallimentare* promulgada hace más de 70 años, mediante el Real Decreto 267 de 1942²²⁵.

Esta importante reforma se caracteriza por la introducción en el marco jurídico italiano de herramientas de alerta y introducción de una obligación específica para el empresario de aplicar medidas adecuadas -o establecer estructuras organizativas apropiadas- para prevenir futura insolvencia y preservar la continuidad de la actividad, además de modificar las normas vigentes sobre las medidas de regulación de crisis y sobre la liquidación judicial (ex quiebra) de la empresa²²⁶.

Debido a la epidemia provocada por el Covid-19, a pesar de la promulgación del *Codice* en la *Gazzetta Ufficiale* el 14 de febrero de 2019, el legislador italiano prorrogó la entrada en vigor de la norma (prevista para el día 15 de agosto de 2020) hasta el día 1 de septiembre de 2021.

Entre tanto, tras la publicación de la Directiva UE 2019/1023 de junio de 2019, el legislador italiano ha publicado un decreto corrector, el Decreto Ley n° 147 del 26 de

indebidamente a acreedores no garantizados. Por último, el Tribunal de Apelaciones dejó en claro en *Revenue and Customs Commissioners v Maxwell* que los administradores nombrados fuera de los tribunales serán analizados en la forma en que tratan a los acreedores no garantizados.

²²⁴ En Italia el término “crisis” o “crisis de la empresa” no significa quiebra ni concurso y viene referido más a un concepto de “crisis empresarial”. El término puede ser interpretado como una crisis empresarial derivada de una situación de desequilibrio financiero.

²²⁵ Fue modificada en profundidad por el Decreto Legislativo número 5, de 9 de enero de 2006, sobre la reforma orgánica de la disciplina de los procedimientos concursales y Decreto Legislativo n. 167 de 12 de septiembre de 2007. Asimismo, ha habido varias modificaciones recientes por el Decreto Legislativo 16 de noviembre de 2015 n. 180, Decreto Legislativo 3 de mayo de 2016 n. 59, la Ley 232 de 11 de diciembre de 2016 y el Decreto Legislativo n. 54/2018 de 25 de junio de 2018, que introduce una serie de incompatibilidades con respecto a la oficina de los administradores judiciales, administradores concursales y miembros de restantes organismos.

²²⁶ El Código tiene como objetivo: 1. Reformar de forma orgánica y unitaria la cuestión de los procedimientos concursales y la crisis del sobreendeudamiento; 2. simplificar el sistema normativo en su conjunto, a fin de superar las dificultades de aplicación e interpretación derivadas de la formación de directrices jurisprudenciales no consolidadas y contradictorias; 3. satisfacer la necesidad de seguridad jurídica y mejorar la eficiencia del sistema económico para hacerlo más competitivo.

octubre de 2020, con el cual introduce las correcciones oportunas al *Codice* teniendo en cuenta la Directiva²²⁷.

Hasta la entrada en vigor del *Codice*, los órganos del concurso son el Tribunal de quiebras, juez delegado, *curatore fallimentare* o síndico y el comité de acreedores²²⁸.

El *curatore* o síndico es la figura equivalente al administrador concursal. NIGRO y VATTERMOLI²²⁹ definen lo definen como el órgano técnico del procedimiento, mientras que para PACCHI²³⁰ es “un órgano ajeno al procedimiento, no forma parte de la autoridad judicial, sino que es autónomo o experto en gestión empresarial, que colabora con la autoridad judicial, siendo el encargado de las funciones relativas a la administración del patrimonio concursal. Por ser considerado un oficial judicial que participa en la administración de justicia, se le considera funcionario público”.

Es un órgano unipersonal, que puede estar compuesto por una persona física o por una sociedad profesional. Es designado en la resolución declarativa del concurso, y no representa ni al deudor ni a los acreedores²³¹, si bien es el encargado de administrar el patrimonio del deudor bajo la vigilancia del *giudice delegato* (al que corresponde la función de control general sobre el proceso)²³² y del *comitato dei creditori* (que es un órgano colegiado compuesto por 3 o 5 miembros, ejercen una función de vigilancia y control sobre el patrimonio y sobre las operaciones del procedimiento, con el objeto de tutelar los intereses del deudor y de los acreedores en virtud de un poder atribuido por

²²⁷ Por tanto, gracias al nuevo “Código de la crisis empresarial” se ha previsto en Italia un procedimiento de emergencia destinado a prevenir la crisis de las empresas, entendida como el desequilibrio económico financiero, y destinado a iniciar un procedimiento asistido de carácter administrativo, y por tanto no judicial, con el objetivo de resolver ese estado de desequilibrio.

²²⁸ Los órganos de la quiebra que se regulan en el Capítulo II de la Ley, se dividen en cuatro secciones dedicadas: al tribunal de la quiebra (arts. 23 y 24); el juez delegado (arts. 25 y 26); el curador o síndico (arts. 27 a 39) y al comité de acreedores (arts. 40 y 41).

²²⁹ NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., “*Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali (Strumenti)*”, Il Mulino, 4ª Edición, 2017, p. 110.

²³⁰ PACCHI, S., “*Gli organi preposti al fallimento. Parte II*», Manuale di Diritto Fallimentare, PACCHI (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011, p. 106.

²³¹ FERRARA, J.R., «*Curatore del fallimento*», Enciclopedia del Diritto, XI, 1962, p. 2, edición online: www.iusexplorer.it.

²³² Vid., en tal sentido, NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., “*Diritto della ...*, op. cit., p. 105.

Ley²³³. No obstante, debemos apuntar que tras la reforma operada por el Decreto Legislativo nº 5, de 9 de enero de 2006, la posición del *giudice delegato* ha perdido peso; recayendo el núcleo del proceso concursal en el *curatore*, al que le acompaña un potenciado *comitato dei creditori*.

El *Codice* prevé un procedimiento de emergencia destinado a prevenir la crisis de las empresas, entendida como el desequilibrio económico financiero, y destinado a iniciar un procedimiento asistido de carácter administrativo, y por tanto no judicial, con el objetivo de resolver ese estado de desequilibrio.

Entre las novedades introducidas por el *Codice*, figura la creación *ex novo* de los OCRI (*Organismi di composizione della crisi d'impresa*). Órganos que se establecerán en las Cámaras de Comercio y que tienen la tarea de gestionar los procedimientos de alerta y asistir a los empresarios en los procedimientos de solución asistida de la crisis.

La nueva normativa italiana, en relación a la alerta de la crisis, contiene ya la transposición de la Directiva UE promulgada en junio de 2019 resultando relevante que se encomienda a los *dottori commercialisti* el deber de llevar a cabo la alerta²³⁴.

²³³ DEL VECCHIO, F., «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 3-4, 1984, pp. 237 y 238.

²³⁴ El papel del “*dottori commercialisti*” en relación con el inicio de la alarma, es el de poder ser parte del OCRI, desempeñando así el papel de revisor, debiendo solicitar al órgano administrativo la toma de las decisiones correctivas necesarias para evitar la crisis. Y, en ausencia de estos correctivos, o en caso de que estos sean valorados como insuficientes, será obligatorio iniciar el procedimiento de alerta ante el OCRI.

III. COLABORADORES DE LA ADMINISTRACION CONCURSAL

Dada la complejidad de las tareas que debe desempeñar la administración concursal, puede ser necesario contar con personas que auxilien en las tareas de gestión del concurso y del patrimonio del concursado, por cuanto la asunción de todas las funciones del procedimiento por los órganos concursales no siempre es posible²³⁵.

El Texto refundido, como ya hiciera la Ley concursal, regula las figuras de auxiliares delegados y expertos independientes, como las dos únicas intervenciones de terceros en el concurso, teniendo ambas un carácter excepcional de forma que solo pueden designarse cuando la complejidad del concurso así lo exija²³⁶. Pero, junto a ellos, existen otros terceros *colaboradores internos* que intervienen en el concurso, como el personal al servicio de la administración concursal y el personal dependiente del deudor.

El tratamiento legal de todas las figuras mencionadas es distinto: *Los auxiliares delegados* son los principales colaboradores externos de la administración concursal, deben cumplir por delegación expresa aquellas funciones que específicamente les sean encomendadas (ex. art. 75 TRLC), mientras que los *expertos independientes*, son aquellos profesionales cuyo asesoramiento es necesario para la estimación de bienes y Derechos, o de la viabilidad de acciones de reintegración (ex. art. 203 TRLC). La diferenciación entre ambos sujetos más relevante consiste en que los auxiliares pueden desempeñar cualquier función que se les asigne, mientras que los expertos deben limitar su trabajo a la estimación de valores²³⁷. Por su parte, *los colaboradores internos* auxilian al administrador concursal en la realización propia de sus funciones, pero no ejercen funciones concursales propiamente dichas, por lo que su régimen jurídico es totalmente ajeno al concurso.

²³⁵ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal*, DIJUSA, Madrid, noviembre 2003, p. 365.

²³⁶ TIRADO MARTI, I., “*Los administradores concursales*”, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 162.

²³⁷ FERNANDEZ SEIJO, J.M., “Algunas cuestiones prácticas de la administración concursal”, *Revista del Refor*, nº 16, 2005, p. 18

1. Auxiliares delegados

La entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, supuso un cambio importante en la figura del órgano de administración de los concursos, pasando a configurarse con un único miembro²³⁸, con lo que a costa de asignar al administrador un mayor número de tareas, se ganaba en agilidad y se abarataba el coste de los concursos. Y es, precisamente en este contexto cuando cobra más relevancia la figura del auxiliar delegado.

Como tuvimos ocasión de exponer²³⁹, me alinee con la opinión expresada por algunos expertos²⁴⁰, en el sentido de que lo más criticable de la reforma fue la nueva regulación de los auxiliares delegados. En el Derecho derogado, se configuraba al auxiliar delegado como un profesional elegido por la administración concursal, aunque sometida su designación a la aprobación judicial. La reforma introdujo un régimen dual, manteniendo al auxiliar delegado como un colaborador propuesto por la administración concursal y designado por el juez, e implantando un sistema de designación de oficio por el Juez, hasta entonces desconocido en nuestro Derecho.

La nota esencial del auxiliar delegado consiste en ser un subalterno caracterizado por incorporar al desempeño de sus funciones la institución de la delegación. Resulta de ello que la figura del auxiliar delegado se acerca a la tradicional concepción del “factor mercantil”, en cuanto el delegado ejercita por cuenta y encargo del administrador concursal delegante las facultades y funciones fijadas en el nombramiento del delegado, y en defecto de tal previsión, todas las atribuidas ex lege al delegante cual si se tratara de un apoderamiento amplio y general.

²³⁸ ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la proyectada reforma de la administración concursal”, *revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 23, p. 16, para quien el cambio a órgano unipersonal constituyó un auténtico acierto puesto que el modelo anterior no aportaba nada positivo.

²³⁹ LOPEZ MAÑEZ, L.E., “Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 16, 2012, p. 156.

²⁴⁰ YAÑEZ EVANGELISTA, J., Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil 9 de Madrid, en opinión expresada en la jornada concursal celebrada en Alzira (Valencia) el día 11 de marzo de 2011. En sentido contrario, valorando positivamente las reformas que se introducen en la regulación de auxiliares delegados, se pronuncia MORENO RODRÍGUEZ, A., “La administración concursal”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, nº 14, 2011, p. 57 y ss.

Tal nota de la delegación y la imputación de la conducta del auxiliar delegado a la esfera profesional y jurídica del administrador concursal delegante determina que entre ambas figuras deba existir una constante relación de confianza investida del tradicional “*intuitu personae*”, porque el administrador concursal elige al auxiliar delegado por la valoración que tiene de su competencia, personalidad y méritos profesionales, sin que sea precisa la existencia de datos o elementos objetivos que justifiquen la pérdida o destrucción de dicho vínculo, bastando la subjetiva e íntima apreciación del delegante de que aquella seguridad en el actuar de otro ha desaparecido, aunque se funde en valoraciones erróneas.

En la actualidad la figura de los auxiliares delegados es poco utilizada, aunque ciertamente la colaboración entre profesionales existe en la práctica totalidad de las administraciones concursales, y en todo caso, son de cuenta y cargo del administrador concursal, los honorarios del auxiliar²⁴¹.

El Texto refundido regula a los auxiliares delegados en los artículos 75 a 79 configurándoles como profesionales elegidos por la administración concursal, o el juez, (según los casos), cuyo nombramiento es necesario cuando se den determinadas circunstancias, y a quienes se le delegarán determinadas funciones²⁴².

1.1 Nombramiento

Como regla general, será el administrador concursal quien deberá solicitar al juez el nombramiento de auxiliares delegados. Sin embargo, en los casos en que el administrador

²⁴¹ LOPEZ MAÑEZ, “Administración concursal” *Op. cit.*, p. 157.

²⁴² El artículo 75 TRLC establece que “1. Cuando la complejidad del concurso así lo exija, la administración concursal podrá solicitar del juez el nombramiento de uno o varios auxiliares delegados, con especificación de las funciones a delegar, que pueden incluir las relativas a la continuación de la totalidad o parte de la actividad del deudor. 2. Salvo que hubiera sido nombrada administradora concursal una persona jurídica, el juez, si lo considera necesario, previa audiencia del administrador concursal podrá designar un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga el nombrado, con delegación de funciones determinadas. El nombramiento por el juez del auxiliar delegado se realizará sin perjuicio del personal que tuviera la administración concursal y de la colaboración que deben prestar a esta los dependientes del concursado”.

concursal sea una persona física²⁴³, será el Juez quien de forma excepcional podrá designar un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga aquél, y a quien asignará las funciones que considere oportunas. Para ello, será necesario la concurrencia de dos requisitos: que el juez considere necesaria la designación en función de las circunstancias concurrentes; y la previa audiencia al administrador concursal (art. 75.2 TRLC)²⁴⁴.

Tal posibilidad entra en contradicción con el contenido y fundamento de la regulación general de la figura del auxiliar delegado, cuya existencia tiene carácter potestativo y previa petición de la administración concursal ya que existe y debe existir un estrecho vínculo entre el administrador y su auxiliar. Su razón de ser estriba en la necesidad de contar con un profesional del área económica o jurídica cuando el administrador unipersonal lo es del área contraria. Así, en la actualidad resulta relativamente frecuente que los abogados se sirvan de auxiliares delegados de la rama económica que les presten su ayuda y conocimientos para desarrollar eficazmente su labor (análisis de balances, obtención de ratios, valoración de los estados financieros, etc)²⁴⁵. Y, al contrario, los administradores procedentes del área económica se sirven de abogados para efectuar las labores jurídicas para ellos desconocidas (demandas incidentales, resoluciones contractuales, contestaciones a demandas, etc.).

La solicitud de designación de auxiliar efectuada por el administrador persona jurídica (o cuando la complejidad del concurso así lo exija), se tiene que sustanciar por el procedimiento genérico que para las autorizaciones judiciales establece el art. 518 TRLC²⁴⁶, y podrá realizarse en cualquier momento del procedimiento, debiendo

²⁴³ Se excluye la posibilidad del nombramiento en los concursos en los que el administrador es una persona jurídica. Así lo dispone el art. 75 TRLC al establecer que “2. Salvo que hubiera sido nombrada administradora concursal una persona jurídica, el juez, si lo considera necesario, previa audiencia del administrador concursal, podrá designar un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga el nombrado, con delegación de funciones determinadas”.

²⁴⁴ Considero que el juez considerará necesaria la designación, cuando haya advertido que el administrador nombrado tiene carencias en aquellas materias que no son de su condición.

²⁴⁵ GILO GOMEZ, S., “La relevancia de la intervención letrada en un concurso de acreedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2020, edición electrónica, p. 7.

²⁴⁶ El artículo 518 TRLC establece que: “En los casos en que la Ley establezca la necesidad de obtener autorización del juez o los administradores concursales la consideren conveniente, la solicitud se formulará por escrito. 2. De la solicitud presentada se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni

consignarse en el escrito la completa identificación de la persona propuesta²⁴⁷, los motivos que justifican la adopción de la medida²⁴⁸, y los criterios que se consideren adecuados para la remuneración de los auxiliares delegados²⁴⁹.

Afortunadamente la voz del administrador concursal va a ser oída en el proceso de nombramiento de auxiliar delegado, ya que resulta preceptiva su previa audiencia en el caso de que, por considerarlo necesario, sea designado por el juez.

Considero acertado el hecho de la obligatoriedad de audiencia previa al administrador concursal, ya que, de esta forma, éste podrá exponer al juez sus opiniones al respecto, y fundamentalmente podrá manifestar si, habida cuenta de las circunstancias que concurren en dicho concurso, puede realizar todas las tareas que el concurso requiere sin que sea necesario el nombramiento de un auxiliar, o por el contrario también considera necesario el nombramiento.

En el momento de la audiencia al administrador (sea presencial o por escrito), éste podrá sugerir al juez los datos de persona o personas que pueden ser designadas, y con las que le unan lazos profesionales y la buena sintonía necesaria para llevar a cabo el encargo.

Frente a la facultad potestativa de nombramiento potestativo de un auxiliar delegado, el art. 76 TRLC enumera de manera taxativa aquellos supuestos en los que se debe nombrar *de forma obligatoria*, al menos a un auxiliar delegado, esto es, cuando el concurso sea de gran tamaño²⁵⁰; existan establecimientos dispersos por el territorio; se

superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión. 3. El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento”.

²⁴⁷ Es recomendable que, además de consignar los datos personales o profesionales, se consignen las cualidades en virtud de las cuales se considera que el nominado es la persona idónea para asumir la responsabilidad de la delegación.

²⁴⁸ Se deben reseñar las causas que avalan la complejidad del concurso, sí como las razones por las cuales la administración concursal no puede cumplir con las funciones que pretende delegar.

²⁴⁹ TIRADO MARTI, I., “*Los administradores concursales*”, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 171.

²⁵⁰ El artículo 61 TRLC se limita a disponer que *para el nombramiento de administrador concursal se distinguirá entre concursos de tamaño pequeño, medio o grande. Reglamentariamente se fijarán también las características que permitan definir el tamaño del concurso* por lo que no indica lo que deba entenderse por concurso de gran tamaño. A este respecto, puede servirnos de guía lo que disponía el artículo 27 bis de la Ley concursal, introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, (posteriormente derogado por la Ley

solicite prórroga para la emisión del informe²⁵¹; y en concursos conexos en los que haya nombrado una administración concursal única²⁵², bien sea por solicitud inicial o por acumulación sobrevenida²⁵³.

Cabe destacar que el legislador ha querido establecer una graduación en cuanto a la intensidad de los motivos diferenciando la facultad de promover el nombramiento de los auxiliares. De esta manera, en el grado superior, se incardinarán aquellos concursos que por su naturaleza revisten una complejidad superior (en los que, por razón de tamaño o tiempo, etc. se presupone que el administrador necesitara ayuda), y por eso impone el obligado nombramiento del auxiliar. En el extremo contrario, se pueden situar los que revisten un moderado grado de complejidad, en cuyo caso el nombramiento será promovido por la administración concursal; y junto a ellos, en un grado intermedio, los que revisten una complejidad media, que serán en los que el juez procederá al nombramiento de oficio²⁵⁴.

17/2014, de 30 de septiembre), según el cual “se considerarán concursos de especial trascendencia aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos: 1.º Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso. 2.º Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros. 3.º Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil. 4.º Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso”.

²⁵¹ El informe es uno de los documentos más importantes que debe confeccionar la administración concursal, “constituyendo el núcleo funcional de la actividad de la administración concursal durante la fase común del concurso y su formulación definitiva supone el cierre de la misma como objetivo formal al que se dirige” así lo afirma ALONSO ESPINOSA, F.J., “El informe de la administración concursal. Un intento de clasificación sistemática”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 19, 2013, p. 102. El informe debe presentarse en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo de administrador (art. 290 TRLC), pudiendo prorrogarse dicho plazo por un plazo máximo de dos meses (art. 291.2 TRLC).

²⁵² A este respecto el artículo 59 TRLC dispone que “1. En los concursos conexos, el juez competente para la declaración y tramitación de estos, podrá nombrar, cuando resulte conveniente, una administración concursal única. 2. En caso de acumulación de concursos ya declarados, el juez que conozca de los procedimientos concursales acumulados podrá nombrar de entre las existentes una única administración concursal”.

²⁵³ La norma solo impone la exigencia de nombramiento de auxiliar en caso de administración concursal única, sin distinguir si lo es por el hecho de una solicitud o declaración inicial conjunta, o por una acumulación sobrevenida. NIETO DELGADO, C., “Concurso, grupo de sociedades, y administración concursal tras la reforma de 2011”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 19, 2013, p. 267.

²⁵⁴ En términos parecidos se pronuncia MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Comentario al artículo 76”, en *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, PEINADO GARCIA/ SANJUAN MUÑOZ (dirs.), Editorial Jurídica SEPIN, Madrid 2020, Tomo I, p. 560.

Tanto en los casos de nombramiento obligatorio como potestativo, se pueden designar varios auxiliares delegados²⁵⁵, pero ambos supuestos se diferencian en dos cuestiones relevantes: a) cuando se trata de nombramiento potestativo, el auxiliar debe ostentar la condición profesional que no tenga el administrador, lo que no ocurre cuando el nombramiento es obligatorio; b) el nombramiento potestativo por el juez no cabe cuando el administrador concursal es una persona jurídica, lo que sí ocurre cuando en los casos de nombramiento obligatorio.

Con respecto a las personas jurídicas, no cabe discusión alguna en el sentido de que pueden ser designadas auxiliares delegados, bien por designación de la administración concursal, o por designación, voluntaria u obligatoria, del juez²⁵⁶.

Como tuve la oportunidad de exponer²⁵⁷ considero que la designación obligatoria es sumamente criticable por porque está basada en supuestos cuya concurrencia no siempre ha de justificar el nombramiento de un auxiliar delegado²⁵⁸; y porque olvida la propia estructura del despacho profesional²⁵⁹. El legislador debería haber dejado lugar al arbitrio judicial para que fuese el juez, quien a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso, decida si procede o no el nombramiento de auxiliares delegados.

1.2 Requisitos

La elección de quien o quienes deban ser los auxiliares delegados se realiza con carácter previo a realizar la petición, por lo que la administración concursal ya habrá

²⁵⁵ Resulta indiferente que se emplee la expresión del art. 75 TRLC “uno o varios auxiliares” o que se emplee la del art. 76 TRLC de “al menos un auxiliar”, ya que ambos hacen referencia a que pueden ser nombrados más de un auxiliar.

²⁵⁶ GARCIA BENITEZ, M^a. D., “Las sociedades de administración concursal y el auxiliar delegado” en *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, VV.AA. (Dir. MARTIN MOLINA/DEL CARRE DIEZ-GALVEZ/LOPO LOPEZ), Madrid, 2014, p. 77.

²⁵⁷ LOPEZ MAÑEZ, “Administración concursal ...” *Op. cit.*, p. 158.

²⁵⁸ Pensemos, por ejemplo, que una empresa tiene establecimientos abiertos por todo el territorio, pero inicialmente ya solicita el cese de actividad y cierre de sus instalaciones. O en alguna empresa que, siendo de gran dimensión, sus acreedores son menos de cincuenta, concentrados en entidades financieras a las que se les adeudan cifras millonarias. O en aquellos supuestos en los que la solicitud de prórroga del informe ha sido debida al retraso de su publicación por diversas causas.

²⁵⁹ El precepto, tal y como está redactado, olvida la propia estructura actual de los despachos profesionales, quienes en su práctica totalidad cuentan con colaboradores que realizan las funciones de auxiliares delegados, sin que esta forma de actuar haya propiciado problema alguno.

entablado conversaciones con los distintos posibles candidatos, para conocer, si se encuentran suficientemente preparados para sumir las funciones que se les van a encomendar, y si se encuentran dispuestos a aceptar el cargo. En dichas conversaciones previas, también se pactará la retribución que, a costa de la administración concursal²⁶⁰, vaya a percibir el seleccionado.

No contempla la Ley ningún *requisito subjetivo* para la designación, por cuanto los administradores gozan de libertad para elegir a quien consideren oportuno, siempre y cuando el designado se encuentre capacitado para desarrollar su labor²⁶¹. La mencionada discrecionalidad encuentra como límite fundamental el régimen concursal de inelegibilidad, ya que no puede ejercer las funciones que se le deleguen, aquella persona que ha incurrido en una conducta que la Ley considera incompatible con el cargo.

TIRADO MARTI²⁶² considera que, ante el silencio legal, no pueden aplicarse a los auxiliares las exigencias mínimas propias de los administradores concursales (ex. art. 27 de la Ley concursal en vigor), en el sentido de que no es necesario que en el designado concurren las condiciones subjetivas para ser designado administrador concursal.

Sin embargo, una vez entre en vigor el art. 561.4 TRLC considero que en los casos en los que el nombramiento de auxiliar delegado es obligatorio para el juez, dichos profesionales deben estar inscritos en la Sección cuarta del Registro Público Concursal, por lo que deberán reunir las condiciones subjetivas necesarias para que tal inscripción pueda tener lugar.

²⁶⁰ El artículo 77 TRLC establece que: “La retribución de los auxiliares delegados correrá a cargo de la administración concursal y se abonará a medida que esta perciba la que le corresponda. Salvo que expresamente el juez acuerde otra cosa, la retribución de los auxiliares delegados se fijará mediante un porcentaje respecto de la que perciba la administración concursal”.

²⁶¹ MORRAL SOLDEVILA, R., “Comentario al artículo 32”, en SAGRERA TIZON/SALA REIXACHS/FERRER BARRIENDOS (Coords.) *Comentarios a la Ley concursal*, Bosch, 2004, Tomo I, p. 372; y VERDUGO GARCIA, J., “Los órganos del concurso”, en FERNANDEZ DE LA GANDARA/SANCHEZ ALVAREZ (Coords.) *Comentarios a la Ley concursal*, Marcial Pons, 2004, p. 457.

²⁶² TIRADO MARTI, “Los administradores....”. Op. cit. p. 172

Puede designarse a una persona física o jurídica. De designarse una persona jurídica, me alinee con la opinión de TIRADO MARTI²⁶³ en el sentido de que no es necesario que el candidato social nombre a una persona física que lo represente, si bien mantiene una tesis contraria MORRAL SOLDEVILA²⁶⁴.

Y, en cuanto a los *requisitos objetivos*, la Ley solo establece uno: “la complejidad del concurso”, lo que excluye las tareas propias del órgano de administración relativas al desarrollo del proceso²⁶⁵, así como la rendición de cuentas, por ser éste un acto personalísimo indelegable.

Resulta difícil establecer cuando un concurso es complejo, ya que depende de múltiples factores, por lo que la Ley tampoco marca los límites. Por el contrario, los artículos 522²⁶⁶ y 523²⁶⁷ TRLC, sí que establecen en los supuestos por los cuales debe considerarse que un concurso no reviste especial complejidad, y por ello tramitarse por el procedimiento abreviado.

A sensu contrario, en mi opinión, creo que podrán considerarse *concursos complejos* aquellos concursos en los que la lista de acreedores presentada por el deudor incluya más de cincuenta acreedores; cuando la valoración inicial de la masa activa o pasiva sea superior a los cinco millones de euros; y cuando la propuesta de convenio incluya

²⁶³ TIRADO MARTI, “*Los administradores....*”, op. cit., p. 172.

²⁶⁴ MORRAL SOLDEVILA, “Comentario al”, op. cit., p. 373.

²⁶⁵ No podrá, por tanto, delegarse la redacción del informe, los textos definitivos, o el plan de liquidación, ni tampoco el reconocimiento de créditos, o las comunicaciones a las distintas partes interesadas en el concurso.

²⁶⁶ El artículo 522 TRLC establece que: “1. El juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando, a la vista de la información disponible, considere que el concurso no reviste especial complejidad, atendiendo a las siguientes circunstancias: 1.º Que la lista presentada por el deudor incluya menos de cincuenta acreedores. 2.º Que la estimación inicial del pasivo no supere los cinco millones de euros. 3.º Que la valoración de los bienes y Derechos no alcance los cinco millones de euros. Cuando el deudor sea una persona natural el juez valorará especialmente si es administrador de alguna persona jurídica o si responde o es garante de deudas ajenas. 2. El juez podrá también aplicar el procedimiento abreviado cuando el deudor presente propuesta anticipada de convenio o una propuesta de convenio, aunque no sea anticipada, que incluya una modificación estructural por la que se transmita íntegramente su activo y su pasivo”.

²⁶⁷ El artículo 523 TRLC establece que: “El juez aplicará necesariamente el procedimiento abreviado cuando el deudor hubiera cesado completamente en su actividad y no tuviera en vigor contratos de trabajo o cuando el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento”.

modificaciones estructurales que impliquen la transmisión parcial de los activos o pasivos.

Pero ello no implica que, en ningún caso, los concursos abreviados no puedan ser complejos, ya que la complejidad, lejos de definiciones, puede abarcar un gran número de supuestos fácticos. Pensemos en aquellos concursos de empresas que, aun tramitándose por las normas de los abreviados, pueden presentar complejidad por razón del mercado en el que operan (industrias del papel, celulosas, azucareras, curtidos, colas, etc.); por el tipo de productos que producen o comercializan (material pirotécnico, productos químicos, droguería, perfumería, etc.); o por el tipo de contratos suscritos (concesiones administrativas, licencias específicas, etc.)²⁶⁸.

1.3 Resolución judicial

La resolución por la que se nombra a los auxiliares delegados tendrá forma de auto²⁶⁹, y contendrá la declaración de nombramiento, la delimitación exacta de sus funciones, y la retribución, proclamando el art. 79 TRLC²⁷⁰ el carácter irrecurrible de la resolución por la que se nombra auxiliar delegado²⁷¹.

²⁶⁸ En este punto resulta conveniente acudir al Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, debiendo advertirse que fue derogado por la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera, aunque, como dice la propia Disposición Derogatoria Única de ese texto legal, “*el citado Reglamento mantendrá su vigencia en aquellas comunidades y ciudades autónomas que no tengan normativa aprobada en la materia, en tanto no se dicte dicha normativa*”.

²⁶⁹ Por aplicación de lo dispuesto en el art. 518.3 TRLC, según el cual “*El juez resolverá sobre la solicitud mediante auto dentro de los cinco días siguientes al último vencimiento.*”

²⁷⁰ El artículo 79 TRLC establece que: “*1. Contra la decisión del juez del concurso relativa al nombramiento de auxiliares delegados no cabe recurso alguno. 2. Si la solicitud de nombramiento de auxiliares delegados hubiera sido denegada, la administración concursal podrá reproducirla cuando se modifiquen las circunstancias que dieron lugar a la denegación.*”

²⁷¹ Este precepto entra en una aparente contradicción con el artículo 103 TRLC según el cual “*contra la resolución sobre el nombramiento de auxiliares delegados cabrá recurso de reposición, y contra el auto que lo resuelva el de apelación*”. En una primera lectura puede parecer que ha existido un error en la refundición y que ambos preceptos entran en contradicción, pero la realidad es que no existe antinomia alguna. El artículo 79 indica el carácter irrecurrible de la resolución por la que el juez ha tomado la decisión de nombrar a un auxiliar delegado. Es decir, que la decisión del nombramiento (y en su caso la especificación de funciones a delegar) es firme, sin que quepa recurso alguno por parte del deudor, ni de la administración concursal u otras personas interesadas. Ahora bien, la designación de la persona física o jurídica que se nombre para ocupar el cargo de auxiliar delegado, sí que admite recurso de reposición por así establecerlo el artículo 103 TRLC (“*Contra las resoluciones sobre nombramiento, revocación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados cabrá recurso de reposición y, contra el auto que lo resuelva, el de apelación que no tendrá efecto suspensivo*”), y por ser esta la norma general

El juez podrá aceptar parcialmente la solicitud de nombramiento efectuada por el administrador, bien modificando el número de auxiliares propuestos, bien modificando las funciones a delegar, pero lo que no puede es dar instrucciones de como hayan de ser ejercidas, porque tal función corresponde al administrador delegante²⁷², a quien si puede establecerle un régimen de control que obligatoriamente deba observar²⁷³, y cuyo incumplimiento puede dar lugar a revocar la autorización e incluso a constituir causa de separación²⁷⁴.

El órgano judicial deberá enumerar las *funciones delegadas* pormenorizando el perímetro de las funciones que se delegan. Las competencias delegadas deben encontrarse dentro de las que corresponden a la administración concursal, no obstante, los jueces no delegarán aquellas funciones que sean personalísimas, tales como el informe o la rendición de cuentas²⁷⁵.

La imperatividad del apartado 1 del artículo 79, se flexibiliza al permitir al administrador concursal cuya petición hubiese sido rechazada, poder reproducirla en el momento *se modifiquen las circunstancias* que motivaron su denegación.

Las circunstancias indicadas en la solicitud pueden variar a lo largo de la tramitación del proceso, lo que normalmente suele ocurrir en dos momentos concretos: una vez confeccionado el informe, o una vez abierta la fase de liquidación. Para confeccionar el informe, no solo deben haber sido examinadas las masas activa y pasiva del deudor, sino

establecida en el artículo 546 TRLC, al disponer que “*contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto*”.

²⁷² Las instrucciones pueden venir referidas a cualquier aspecto del ejercicio de las funciones, pudiendo delimitar el contenido y la extensión de la actuación, el momento de ejecución, el procedimiento de realización del acto, etc.

²⁷³ La fiscalización de la actuación del auxiliar corresponde al administrador, quien puede reducir el número de funciones para las que el juez ha concedido autorización (lo que puede ocurrir por causas sobrevenidas, por un cambio de idea sobre las propias capacidades o por considerarlo conveniente para el concurso), pero no ampliarlas.

²⁷⁴ El incumplimiento de la resolución puede entenderse comprendido dentro del concepto “justa causa” cuya concurrencia es motivo de separación del cargo de los administradores concursales, y de revocación del nombramiento de auxiliar delegado (art. 100 TRLC).

²⁷⁵ SANCHEZ MAGRO, A., “Auxiliares delegados y expertos independientes” en VV.AA. en *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, VV.AA. (Dir. MARTIN MOLINA/DEL CARRE DIEZ-GALVEZ/LOPO LOPEZ), Madrid, 2014, p. 85.

que se habrá examinado su documentación, contabilidad, contratos vigentes, tanto de personal como de cualquier tipo, posibles concesiones administrativas, etc., lo que puede desembocar en apreciar un cambio en las circunstancias que inicialmente se invocaron para solicitar el nombramiento. Y en sede de liquidación, puede ocurrir que se advierta la necesidad del nombramiento de un auxiliar para llevar a cabo actuaciones concretas sobre algún activo en especial, lo que implica una modificación en las circunstancias anteriores y facultan al administrador para reproducir la solicitud al juez que anteriormente la denegó.

1.4 Efectos

TIRADO MARTI²⁷⁶ considera que tras la resolución de nombramiento no es necesario que se produzca la aceptación expresa de los auxiliares delegados en forma alguna, ni ante el juez, ni ante los administradores delegantes.

No obstante, en los casos de nombramiento a instancias de la administración concursal, existirá previamente un acuerdo previo con el auxiliar candidato, por lo que resulta necesario que los administradores concursales deban entregar un documento que acredite la delegación y facilite a los delegados la actividad “*representativa*” externa del concurso, cuando ésta fuese necesaria para la ejecución de las funciones delegadas.

El principal efecto de la designación consiste en el ejercicio de las funciones encomendadas a partir del momento en que se dicte la resolución en la que consta el nombramiento.

1.2 Régimen legal de los auxiliares

En cuanto a su *régimen legal*, el artículo 77 TRLC establece para los auxiliares, el mismo régimen de inhabilitaciones, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes, lo que resulta de

²⁷⁶ TIRADO, I., “Comentario del artículo 32”, en *Comentarios de la Ley concursal*, VVAA. ROJO/BELTRAN (Dirs.), Tomo I, Thomson Civitas, Madrid 2008, p. 647.

todo punto lógico y coherente porque, en definitiva, y pese al nombre que reciban, son y actúan como administradores, solo que la Ley quiere mantener la estructura de un solo administrador y no por un número mayor, aunque para ello deba echar mano de eufemismos²⁷⁷.

El artículo 80 TRLC, impone a los auxiliares delegados el mismo tipo de diligencia en el desempeño del cargo que a los administradores concursales, la cual se apoya en dos modelos de comportamiento: el de *un ordenado administrador* y el de *un representante leal*. Se trata de una responsabilidad profesional regida por su *lex artis*, que se genera por los actos y omisiones contrarios a la Ley y por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo sin la debida diligencia (art. 94 TRLC).

Es el administrador concursal, quien, ocupando una posición jerárquica superior, delimita el ámbito de actuación del auxiliar, a través de las instrucciones que le imparte, las cuales vinculan a la masa, salvo que el auxiliar incumpla los términos de la delegación²⁷⁸. Los delegados solo podrán vincular a la masa activa cuando actúen en el marco de las funciones delegadas y sin contradecir la finalidad del concurso.

La *delegación finaliza* por la revocación, por el cumplimiento de las funciones delegadas, por la renuncia, y por la imposibilidad sobrevenida de ejercitar las funciones. En todos los supuestos, deberá ser el administrador quien solicite al juez la revocación del nombramiento.

En cuanto a la posibilidad de cesar a un auxiliar delegado por pérdida de confianza del administrador concursal, aunque no concurra justa causa que justifique el cese, considero que no existe obstáculo alguno para que tenga lugar²⁷⁹.

²⁷⁷ VAZQUEZ IRUZUBIETA, *Comentarios a.....*”, op. cit., p. 366.

²⁷⁸ Cualquier acto realizado por el auxiliar que exceda de la delegación sufría el régimen de la ineficacia general de las actuaciones ejecutadas sin la debida legitimación o sin poder para ello. TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 32 Ley Concursal,” en *Comentario de la Ley Concursal*, VV.AA. ROJO/BELTRAN (Drs.), Thomson Civitas, Tomo I, p. 662.

²⁷⁹ A este respecto debemos citar el Auto de fecha 3 de abril de 2017, del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid (JUR 2017, 78838) que, sin entrar a valorar la realidad de los hechos que conforman la valoración subjetiva del administrador concursal solicitante, invocada que ha sido la pérdida de confianza entre delegante y delegado, procede la revocación del nombramiento, aunque no exista justa causa adicional

La retribución de los auxiliares delegados corre a cargo del administrador concursal, así lo dispone el art. 78 TRLC²⁸⁰, debiendo fijarse mediante un porcentaje con respecto a lo que percibe el administrador concursal.

Dadas las funciones y dado el régimen de responsabilidad que recae sobre los auxiliares delegados, es necesario arbitrar un régimen de retribuciones que compensen el esfuerzo y los riesgos del propio cargo²⁸¹, por lo que será el juez quien fijará un porcentaje del correspondiente al administrador concursal, valorando los aspectos esenciales de la retribución en función de las actividades a desarrollar por delegación.

El pago a los auxiliares delegados en modo alguno constituye un gasto de la masa, ya que es el administrador concursal el encargado del pago de la retribución, con cargo a sus propios honorarios, debiendo expresar en el escrito de rendición de cuentas los pagos efectivamente realizados (art. 478 TRLC).

2. Expertos independientes

Los expertos independientes constituyen otra de las figuras que colaboran con la administración concursal. Tienen en común con los auxiliares delegados que a ambos les resulta de aplicación el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes; así como también que su retribución es a cargo de la administración concursal. Pero a diferencia de lo que sucede con los auxiliares delegados, los expertos no realizan tareas que debieran realizar los administradores, sino que se limitan a asesorar al órgano de administración en la valoración de bienes y derechos o en la viabilidad de acciones.

que justifique el cese. Así lo entiende también TIRADO MARTI, “*Los administradores*” Op. cit., p. 182.

²⁸⁰ El artículo 78 TRLC establece que: “*La retribución de los auxiliares delegados correrá a cargo de la administración concursal y se abonará a medida que esta perciba la que le corresponda. Salvo que expresamente el juez acuerde otra cosa, la retribución de los auxiliares delegados se fijará mediante un porcentaje respecto de la que perciba la administración concursal*”.

²⁸¹ JUAN Y MATEU, F., “Retribución”, en *Comentario de la Ley Concursal*, VV.AA. (Coords. BELTRAN SANCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO/ALAMEDA CASTILLO/ROJO FERNANDEZ RIO), Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 689.

El art. 203 TRLC²⁸², ubicado en el capítulo referente al inventario de la masa activa, concede a los administradores concursales la facultad de nombramiento de expertos independientes *para el caso de que considere necesario su nombramiento*, por lo que su trabajo queda ceñido a la valoración de los bienes inventariados o, en su caso, a la valoración de la viabilidad de los litigios en curso o el ejercicio de acciones para reintegrar bienes a la masa activa.

Podría pensarse que el supuesto previsto en el art. 203 TRLC es similar a la previsión del nombramiento de expertos independientes para la valoración de las aportaciones no dinerarias realizadas a una sociedad de capital, previsto en el artículo 67 de la Ley de sociedades de capital, y artículos 338 y ss. del Reglamento del Registro Mercantil. Sin embargo, el nombramiento de expertos independientes por el juez del concurso debe someterse a las normas sobre la designación de peritos del artículo 340 de la LEC.

El artículo 198 TRLC impone a la administración concursal el deber de elaborar un inventario de los bienes y Derechos que componen la masa activa, resultando de obligado cumplimiento que se encuentren valorados con arreglo al valor de mercado que tengan al día inmediato anterior a la presentación del informe (art. 201 TRLC), que normalmente no resulta coincidente con el valor que el concursado les otorgó en el momento de solicitar el concurso²⁸³.

²⁸² El artículo 203 TRLC dispone que: “1. Si la administración concursal considerase necesario el asesoramiento de uno varios expertos independientes para la estimación de los valores de bienes y derechos o de la viabilidad de los litigios en curso y de las acciones a que se refiere el artículo anterior, propondrá el nombramiento al juez, con expresión de los términos del encargo. Contra la decisión del juez no cabrá recurso alguno. 2. Será de aplicación a los expertos independientes el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad establecido para los administradores concursales y sus representantes. 3. La retribución de los expertos independientes será a cargo de la administración concursal. 4. Los informes emitidos por los expertos y el detalle de los honorarios devengados se unirán al inventario”.

²⁸³ Ente los documentos generales que se deben presentar junto con la solicitud del concurso, el artículo 7 TRLC obliga a la presentación de un inventario de los bienes y Derechos que integren su patrimonio, con su valor de adquisición y la estimación de su valor actual.

La valoración de los bienes y, sobre todo, de los derechos, puede no ser una tarea fácil, (dada la naturaleza o complejidad que pueden revestir), por lo que, en esos casos necesita auxiliarse de los conocimientos y experiencia de un experto en la materia²⁸⁴.

La valoración de los bienes y derechos cobra especial relevancia en la actualidad, ya que el art. 456.2 TRLC considera que *existe déficit* (al regular la condena a su cobertura en sede de calificación) *cuando el valor de los bienes y derechos de la masa activa sea inferior a la suma de los importes de los créditos reconocidos en la lista de acreedores*. La suma de los créditos reconocidos no tiene especial dificultad (son los que resulten de los textos definitivos) por lo que normalmente no serán objeto de debate; pero dado el dinamismo de la economía, se debe poner especial cuidado en la valoración de activos, por cuanto dichos valores pueden ser contrastados o puestos en entredicho por los afectados en la calificación, ya que cuanto mayor valor tengan, menos será el déficit al que pueden ser condenados a cubrir.

En cualquiera de los casos, ha de tratarse de *expertos*, es decir, de personas de reconocida experiencia en la materia de la que se trate; y que sean *independientes*, es decir, que no tengan relación no con el concursado ni con ningún otro interesado en el concurso.

La estimación de los valores de bienes y derechos deberá hacerse por los profesionales que se dediquen específicamente a valoraciones o peritaciones, debiendo distinguirse su distinta naturaleza. Así la valoración de los *bienes inmuebles* deberá efectuarse por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el registro especial del Banco de España²⁸⁵; los *valores mobiliarios que coticen en un mercado regulado*²⁸⁶ serán valorados por la

²⁸⁴ MUÑOZ PAREDES, A., “Déficit concursal: el despertar del ánimo o la manipulación de la materia” en *Diario La Ley*, núm. 9667, Sección Cuestiones de práctica concursal, de 6 de julio de 2020, Wolters Kluwer.

²⁸⁵ Artículo 273 TRLC, en relación a la determinación del valor razonable de los bienes inmuebles para fijar el límite del privilegio especial. En sentido similar se pronuncia el artículo 13 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, al disponer que *los inmuebles aportados en garantía habrán de ser objeto de una tasación realizada por una sociedad de tasación, utilizando normas de tasación fiables y reconocidas internacionalmente, de conformidad con lo establecido por la Orden ECO/805/2003, de 27 de marzo*.

²⁸⁶ Por valores mobiliarios debemos entender no solo cualquier Derecho de contenido patrimonial susceptible de tráfico en un mercado financiero, sino también el resto de instrumentos financieros

sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate²⁸⁷; y los derechos de crédito deben valorarse por el importe nominal de los mismos²⁸⁸.

La dificultad estriba en aquellos otros *bienes distintos a los indicados*, tales como patentes, marcas, signos distintivos, derechos de autor, fondo de comercio, etc., todos ellos de difícil realización aislada, por cuanto se encuentran íntimamente vinculados con la propia actividad de la empresa, para los que el art. 273.1 3º exige su valoración por experto independiente de conformidad con los principios y las normas de valoración generalmente reconocidos para esos bienes.

También será necesario auxiliarse de un experto independiente cuando resulte necesario valorar una *unidad productiva* o una *empresa en su conjunto*, en cuyo caso deberá hacerse por un auditor, un economista de empresa, por un experto en contabilidad empresarial, o por la concurrencia de varios de ellos que asuman la valoración. La valoración de empresas resulta algo más compleja, ya que existen diversos métodos para obtener su valor²⁸⁹. El método tradicional de valoración es el basado en el balance que consideran que el valor de una empresa radica fundamentalmente en el balance o sus activos (valor patrimonial), sin tener en cuenta otros factores como la situación del sector, perspectivas de futuro, organización, obsolescencia de bienes, etc. Otros métodos se basan en la cuenta de resultados, tratando de determinar el valor de la empresa en función de sus beneficios²⁹⁰.

contenidos en el anexo del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

²⁸⁷ Su valoración será la que conste en la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate, y se corresponderá con el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración de concurso. (art. 273 TRLC y 698 de la Ley de Sociedades de Capital).

²⁸⁸ Tanto los Derechos de crédito formalizados en títulos que llevan aparejada ejecución (enumerados en el artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como los amparados en facturas y otros documentos contables, deben valorarse por el importe de su valor nominal, salvo que de la contabilidad del deudor resulte lo contrario, por haber sido pagados parcialmente, o existir compensaciones o condonaciones efectuadas con anterioridad a la declaración del concurso.

²⁸⁹ FERNANDEZ LOPEZ, P., “*Métodos de valoración de empresas*”, IESE Business School, Universidad de Navarra, Documento de Investigación, DI-771 noviembre, 2008.

²⁹⁰ Junto a los mencionados, existen otros métodos muy utilizados en el pasado, tales como los mixtos basados en el fondo de comercio (o *goodwill*) que pretenden representar el valor de los elementos inmateriales de la empresa, que, precisamente por ser inmateriales, resulta muy difícil efectuar una correcta valoración; o como los métodos basados en el descuento de flujos de fondos (*cash flows*) que considera a

En cuanto a la valoración de la *viabilidad de los litigios* en curso que puedan afectar a la masa activa²⁹¹, y de las *acciones de reintegración* no solo será necesaria la intervención de expertos cuando el administrador no sea abogado, sino también en todos aquellos supuestos en los que la cuestión revista especial complejidad. La explicación de la necesidad de contar con expertos independientes para evaluar dichas materias puede encontrarse en el hecho de que mantener un juicio en curso puede generar créditos contra la masa²⁹².

La propuesta que efectúe el administrador al juez, deberá contener los términos del encargo, pero también puede consistir en una simple solicitud de nombramiento o especificar las personas que la administración concursal considera pueden ser nombradas. Deberá estar suficientemente fundamentada, sobre todo si el encargo se refiere al avalúo tendente a estimar la conveniencia de un convenio de continuidad en el contexto de un eventual debate entre liquidación o continuidad.

La Ley no contiene previsión alguna sobre la aceptación del cargo, o el momento en que el designado debe comenzar a realizar su trabajo, por lo que deberemos estar a las previsiones de la LEC en cuanto a los peritos.

La resolución que acuerde su nombramiento deberá fijar los límites del encargo que deberán versar exclusivamente en valorar los bienes o derechos que motivaron su nombramiento, así como la viabilidad de acciones. Contra la decisión de nombramiento de expertos por el juez, no cabe recurso alguno²⁹³.

la empresa un ente generador de flujos de fondos, y para obtener el valor de la empresa se calcula el valor actual de dichos flujos, utilizando una tasa de descuento apropiada.

²⁹¹ El precepto no solo contempla la viabilidad de los procedimientos judiciales en curso, sino también las posibilidades de éxito de acciones de separación de bienes de la masa activa, que puedan interponerse contra la concursada al amparo de lo dispuesto en el art. 239 TRLC.

²⁹² Así lo dispone el art. 242.5ª TRLC al considerar créditos contra la masa “*los créditos por la condena al pago de las costas como consecuencia de la desestimación de las demandas que se hubieran presentado o de los recursos que se hubieran interpuesto con autorización de la administración concursal o como consecuencia del allanamiento o del desistimiento realizados igualmente con autorización de la administración concursal. En caso de transacción, se estará a lo pactado por las partes en materia de costas.*”

²⁹³ Es de toda lógica que así sea, ya que a los acreedores y demás interesados les quedará la posibilidad de contradecir el informe del experto en el momento oportuno, bien aportando otras valoraciones contradictorias, bien efectuando aquellas consideraciones que tengan por conveniente. Ello, no obstante, sí

En lo relativo a las causas inhabilitantes para su nombramiento, recusación y responsabilidad son idénticas a las de los auxiliares delegados, por lo que me remito a cuanto ya hemos expuesto al comentar su régimen.

En cuanto a la *remuneración*, si bien es a cargo del administrador concursal, como sucede con los auxiliares delegados, no consiste en un porcentaje sobre la retribución fijada al administrador, sino que el juez puede fijar una cantidad fija, o un porcentaje respecto a la que perciba la administración concursal, y para ello deberá valorar los aspectos esenciales de la retribución en función de la complejidad de la valoración a efectuar²⁹⁴.

Como el experto independiente no es administración concursal, ni auxiliar delegado, sino un mero asesor, que en modo alguno gestiona fondos ajenos, ni es órgano del concurso, está exento de rendir cuentas²⁹⁵. No obstante, el administrador concursal, en su escrito de rendición de cuentas (ex. art. 478 TRLC) deberá consignar las cantidades efectivamente pagadas al experto²⁹⁶.

La misión del asesoramiento de expertos independientes consiste en emitir un informe sobre la valoración que asigna a los bienes objeto del dictamen, sin que el precepto indique la forma en que debe hacerlo, por lo que considero que deberá efectuarlo siempre por escrito. El precepto tampoco indica el plazo del que dispone para emitir el informe, debiendo considerar que nunca deberá superar el plazo previsto para la formulación del

que cabe invocar y aplicar las normas sobre incompatibilidades o tachas previstas para los peritos en los artículos 343 y 344 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

²⁹⁴ Evidentemente si, como resulta habitual, es el administrador concursal quien contrata directamente a un experto independiente para realizar una valoración concreta, ambos serán los que de común acuerdo fijen la retribución que le corresponde por su trabajo, que deberá satisfacerse en todo caso, por el administrador concursal.

²⁹⁵ La STS 22 julio 2015 (RJ 2015, 3289. Ponente, Excmo. Sr. Sastre Papiol) reserva la rendición de cuentas a los casos de gestión de patrimonios ajenos, al razonar que “... *Este deber de rendir cuentas constituye una manifestación de la exigencia que el ordenamiento jurídico impone a cualquier persona que gestione intereses ajenos*”. No cabe pues aplicación analógica alguna a los expertos independientes, siendo por tanto totalmente improcedente el cauce incidental de la rendición de cuentas para resolver la controversia que puede surgir entre la administración concursal y el experto, ya que se requiere las garantías que ofrece un proceso declarativo ordinario. (Sentencia núm. 201/2016, de 8 de julio de la AP de Alicante, Sección 8ª. JUR\2016\213394).

²⁹⁶ Debe expresar “*los pagos de cualesquiera expertos, tasadores y entidades especializadas que hubiera contratado, con cargo a la retribución del propio administrador concursal*”.

inventario, si bien, en función de las circunstancias concurrentes, se podrá solicitar al juez una ampliación de dicho plazo.

El apartado 4 del art. 203 TRLC obliga a la administración concursal a unir al inventario el informe realizado por el experto independiente, así como el detalle de los honorarios devengados. Ambas previsiones son de lógica, puesto que de esta forma los acreedores y resto de interesados en el concurso, podrán conocer los detalles de la valoración para impugnarla en el caso de que consideren que el valor asignado no se corresponde con el que consideran apropiado.

No obstante, el incumplimiento del compromiso asumido por los expertos no afecta al cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración concursal, ni permite exonerarle de su responsabilidad en el caso de que el inventario no se hubiese elaborado, o contuviese inexactitudes o errores que trajeran causa en la actividad de asesoramiento o del informe presentado por los expertos independientes²⁹⁷.

3. Colaboradores internos

El artículo 75 TRLC establece que el nombramiento de auxiliares delegados se realizará sin perjuicio “*del personal que tuviera la administración concursal*”²⁹⁸ y de la colaboración que deben prestar a esta “*los dependientes del concursado*”.

En cuanto al personal dependiente del concursado, su colaboración es fundamental, por cuanto son quienes conocen perfectamente a la empresa concursada, no solo en su contabilidad, clientes y proveedores, sino también de los procesos productivos, maquinaria y otras muchas cuestiones que van a resultar imprescindibles para que el administrador concursal desarrolle su labor de forma eficiente.

²⁹⁷ GOMEZ LOPEZ, E., “Comentario al artículo 203”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, VV.AA. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ (Dirs.), Sepin, Madrid, 2020, Tomo II, p. 96.

²⁹⁸ Por ejemplo, asalariados, o vinculados por relación duradera de prestación de servicios, así como cualquier otra persona con la que colabore, bien de forma permanente o puntual.

Ni el personal al servicio de la administración concursal, ni los dependientes del deudor, requerirán un nombramiento judicial, ni tampoco se les aplicará el régimen de prohibiciones legales, ni el de recusación o separación.²⁹⁹

La remuneración del personal (y asimilados) que colaboran con el administrador concursal, corre a cargo de éste. Mientras que la remuneración de los dependientes del concursado corre a cargo de la masa del concurso, en tanto continúan siendo personal dependiente con contrato en vigor³⁰⁰.

Y en cuanto a la responsabilidad, ninguno de estos colaboradores contrae responsabilidad alguna frente a la masa, los acreedores o terceros, ya que son colaboradores del administrador, único responsable por aplicación de la doctrina de la responsabilidad por hecho ajeno³⁰¹.

4. Crítica a la regulación legal

Una vez he realizado el examen la regulación de los colaboradores de la administración concursal previstos en el texto refundido, considero oportuno reflexionar sobre si son figuras necesarias o no.

4.1 Auxiliares delegados

Mantengo la opinión³⁰² de que la figura del auxiliar delegado, tal y como se encuentra regulada en el Texto refundido es prescindible, o debe regularse de forma distinta, y ello por los siguientes motivos:

²⁹⁹ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *La administración concursal*, GPS concursal, 3º ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 326.

³⁰⁰ Resulta muy frecuente que, tras la extinción de los contratos de trabajo de personal del concursado, el administrador tenga que recurrir a sus conocimientos sobre materias relacionadas con la empresa, en cuyo caso, el coste de dicho asesoramiento o colaboración, siempre será de cuenta y cargo exclusivo del administrador.

³⁰¹ Por los actos u omisiones de las personas de quienes se debe responder, que trae causa del fundamento y caracteres que disciplinan la responsabilidad civil prevista en el artículo 1902 del Código Civil. (*culpa in eligendo*, o *in vigilando*).

³⁰² LOPEZ MANÉZ, “Administración concursal ...” *Op. cit.*, pp. 143-170.

- a) *En cuanto a la necesidad y obligatoriedad del nombramiento.* Por muy complejo que sea el concurso, o por gran tamaño que tenga, (lo que incluye establecimientos dispersos por todo el territorio nacional), el administrador concursal persona jurídica, cuenta con medios humanos y materiales para desarrollar eficazmente su labor sin que sea necesario solicitar el nombramiento de un auxiliar delegado³⁰³.

También carece de sentido la obligatoriedad de su nombramiento cuando se solicite la prórroga para la emisión del informe, sin que concurra causa justificada³⁰⁴, ya que la propia Ley permite el retraso en el cumplimiento de las obligaciones del administrador concursal, si bien con reducción de la retribución³⁰⁵.

También resulta criticable que sea obligatorio el nombramiento de un auxiliar delegado en el caso de concursos conexos cuando haya un único administrador, y que no exista esa obligatoriedad en el caso de los concursos acumulados³⁰⁶.

- b) *En cuanto a la formación del auxiliar.* El administrador concursal debe tener la formación necesaria para desempeñar el cargo³⁰⁷, lo que significa que debe estar

³⁰³ A este respecto, no debemos olvidar que el art. 62.2 TRLC faculta al juez para designar administrador concursal a una persona distinta a la que por turno correlativo corresponda, en los concursos de gran tamaño, y por extensión, en aquellos casos en los que considere que es necesario a una persona concreta en razón a su especialización o experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, bien a la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.

³⁰⁴ El administrador concursal debe presentar el informe en el plazo de dos meses desde la aceptación del cargo, pudiendo ser prorrogado dicho plazo en los casos establecidos en el art. 291 TRLC. El incumplimiento de dicho deber, constituye justa causa de separación del cargo.

³⁰⁵ El artículo 85 TRLC establece las reglas que determinan la retribución del administrador, disponiendo que “La retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, *un retraso atribuible* a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos”

³⁰⁶ Más compleja es la situación de los concursos acumulados. En estos casos el juez designó administrador en el primero de ellos, pero al acumularse un segundo concurso, puede suceder que el primeramente designado no se encuentre con la suficiente experiencia o no cuente con los medios necesarios para hacerse cargo del segundo concurso, máxime si cada uno de ellos se encuentra en una fase procesal distinta. Sin embargo en los concursos conexos, el juez, antes del nombramiento, si que puede designar administrador concursal a quien cuente con la experiencia y medios para poder administrar ambos concursos, que se encontrarán siempre en la misma fase procesal.

³⁰⁷ El administrador concursal debe cumplir con los requisitos legales y reglamentarios que se determinen, para poder ser inscrito en la sección cuarta del registro público concursal (art. 561 TRLC), por lo que una vez se apruebe el desarrollo reglamentario de la Ley, deberán tener la formación que les habilite para su nombramiento.

preparado para llevar a cabo todas las funciones propias del órgano de administración, y especialmente aquellas que impliquen la continuidad total o parcial de la actividad del deudor³⁰⁸.

No indica la norma si la cualificación y formación profesional del auxiliar debe ser la misma o distinta a la del administrador³⁰⁹, debiendo deducirse que en ningún caso tendrá una formación superior, sino que estará formado en materias distintas³¹⁰.

- c) *En cuanto a las funciones a delegar.* Las funciones a delegar no pueden ser otras que las funciones propias del órgano de administración, por lo que, si el administrador no se encuentra preparado para llevarlas a cabo, lo procedente es su sustitución.
- d) *En cuanto a la iniciativa para el nombramiento.* Debe partir del administrador concursal persona física la solicitud de nombramiento de auxiliar, y no del juez. Debe ser el administrador que considere necesario ser auxiliado por un profesional que ostente una cualificación profesional distinta a la suya, quien efectúe la propuesta al juez³¹¹.

4.2 Expertos independientes

Al contrario de lo que sucede con los auxiliares delegados, considero que los expertos independientes sí que es una figura necesaria para que la administración concursal pueda desempeñar con eficacia sus funciones.

³⁰⁸ El administrador que acepte el cargo tiene la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, en el caso de suspensión de facultades (art. 113 TRLC). Si tenemos en cuenta que la mayoría de los concursos van a liquidación, lo que implica la suspensión de facultades, resulta evidente que con casi toda seguridad va a tener que adoptar las medidas necesarias, por lo que debe tener la formación para ello. Y en el caso de que incumpla dicha función, se le podrá separar del cargo (art. 100 TRLC).

³⁰⁹ Solo se indica en el art. 561.4ª TRLC que debe cumplir con los requisitos legales y reglamentarios que se determinen, para poder ser inscrito en la sección cuarta del registro público concursal.

³¹⁰ Lo que resulta contradictorio con el espíritu de la Ley, ya que la norma general es la de nombramiento de un único administrador que debe ser encargado de llevar a cabo todas las funciones previstas en la Ley, bien sean jurídicas o económicas.

³¹¹ El auxiliar delegado debe trabajar de forma coordinada con el administrador, por lo que resulta lo más conveniente para los intereses del concurso que sean dos personas que entre sí se conozcan y entre las cuales exista una mutua confianza. Por eso, la solicitud debe partir del administrador con propuesta al juez del nombre o nombres concretos de los auxiliares que desea se le nombren.

Resulta habitual, que cuando el administrador concursal es un abogado, o persona jurídica integrada exclusivamente por abogados, se auxilie de profesionales del sector económico (auditores, economistas, etc.,) para valorar aquellos bienes o derechos en los que sean necesarios sus conocimientos³¹².

Por el contrario, cuando el administrador concursal es un economista, auditor, titulado mercantil, o persona jurídica en la que no se encuentre integrado ningún abogado, deberá auxiliarse de éste en distintas materias del área jurídica que desconoce³¹³

Ahora bien, en lo que no me muestro tan conforme es que sea necesario acudir al juez para que nombre al experto. En la práctica, cuando existe verdadera dificultad en la valoración de bienes, o en la viabilidad de los litigios en curso y de las acciones en defensa de la masa, el administrador concursal acude a un tercero experto en la materia para que le aconseje y emita el dictamen que necesite, sin que sea necesario acudir al juez. La relación de confianza entre el administrador y el experto por él contratado, es básica y fundamental. Solo si existe una verdadera confianza entre ambos profesionales, podrá explicar uno lo que desea y dictaminar el otro lo que el primero necesita.

4.3 Colaboradores internos

Ni que decir tiene, que los colaboradores internos son absolutamente necesarios para que el administrador concursal desempeñe con eficacia su cometido. Sin la colaboración de los dependientes del deudor, y del personal contratado por el administrador concursal, resultaría imposible asumir la responsabilidad que supone administrar un concurso de acreedores.

³¹² Pensemos en valores mobiliarios que coticen en un mercado regulado. Normalmente también es el administrador concursal quien elige y contrata a un experto que efectúe la valoración al precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de la realización efectiva de la aportación, de acuerdo con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate.

³¹³ Podrá contratar libremente al letrado para que emita un dictamen sobre la viabilidad, riesgos y gastos de una demanda que bien se haya interpuesto contra el concursado, o para que valore la defensa de la masa en las demandas que puedan ser interpuestas contra la misma. De igual forma, podrá ser necesaria su asesoramiento en materia de calificación del concurso.

IV. SOBRE LA NECESARIEDAD DEL NOMBRAMIENTO DE UN ADMINISTRADOR

La Propuesta de Directiva de 2016³¹⁴ disponía que el nombramiento de un administrador no debe ser siempre obligatorio, sino que debe decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor.

En diciembre de 2017, la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios propuso una nueva redacción al Considerando 18 de la Propuesta, por considerar que el nombramiento no debía ser obligatorio en aquellos casos sencillos o antieconómicos, bien porque existan pocos acreedores, bien por insuficiencia de masa, o por otras circunstancias que serán valoradas por el Juez³¹⁵.

En línea con el texto de la propuesta de Directiva de 2016, y tomando en consideración varias de las opiniones vertidas por la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios de fecha 7 de diciembre de 2017³¹⁶, y la de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales de fecha 5 de diciembre de 2017³¹⁷, la Directiva definitivamente establece como regla general la no obligatoriedad en el nombramiento³¹⁸.

En este sentido, la Directiva difiere de la propuesta, ya que también proclama la no necesidad del nombramiento cuando se trate de la toma parcial del control de las operaciones cotidianas del deudor, lo que no se establecía en la propuesta. En ninguno de los documentos examinados encontramos las razones de la inclusión de la toma de control

³¹⁴ COM (2016) 723 Final. Que en adelante la denominaremos la Propuesta de Directiva de 2016.

³¹⁵ La enmienda 15 a la Propuesta era del siguiente tenor: “*El nombramiento de un administrador encargado de la reestructuración, sea un mediador que apoye las negociaciones de un plan de reestructuración o un administrador concursal que supervise las acciones del deudor, no debe ser siempre obligatorio, ya que este requisito puede no ser pertinente, necesario, útil o beneficioso para el deudor en todas las ocasiones, especialmente en casos sencillos con pocos acreedores, y puede suponer una carga administrativa desproporcionada en algunas jurisdicciones. En su lugar, dicho nombramiento debe decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias concretas del caso o las necesidades específicas del deudor.*”

³¹⁶ ECON_AD (2017) 608079 (Dictamen).

³¹⁷ EMPL_AD (2017) 601220 (Dictamen).

³¹⁸ Así, el Considerando 30 de la Directiva establece que: “*El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor.*”

en la no necesidad del nombramiento, pero podemos presumir que ello es así por cuanto la toma de control parcial de las operaciones del deudor, resulta consustancial al ejercicio de las funciones del administrador concursal, por lo que la Directiva solo ha enfatizado que también en esos supuestos, no es necesario su nombramiento.

Tanto el Considerando 30 como el 31 de la Directiva contienen excepciones a la regla general, pero utilizan un léxico diferente. Así en el primero de ellos, se indica que los Estados miembros “*deben poder determinar*” que el nombramiento sea necesario en determinadas circunstancias³¹⁹, señalando en el Considerando 31 que los Estados miembros “*deben establecer la obligación*” del nombramiento en determinados supuestos³²⁰.

De acuerdo con la dicción literal de este último Considerando, el articulado de la Directiva solo contempla³²¹ la obligatoriedad del nombramiento en los siguientes casos:

- i) Cuando la autoridad judicial o administrativa acuerde la suspensión general de las ejecuciones, siempre y cuando decida que su nombramiento resulta necesario para salvaguardar el interés de las partes.
- ii) Cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de un mecanismo de reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías.
- iii) Cuando el deudor o una mayoría de acreedores así lo soliciten, siempre y cuando, en el último de los casos, los acreedores carguen con los costes del administrador.

³¹⁹ Como, por ejemplo: en caso de que el deudor disfrute de una suspensión general de ejecuciones singulares; cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por medio de una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; cuando el plan de reestructuración incluya medidas que afecten a los derechos de los trabajadores, o cuando el deudor o sus administradores sociales hayan actuado de modo delictivo, fraudulento o perjudicial para las relaciones empresariales.

³²⁰ Concretamente una autoridad judicial o administrativa conceda al deudor una suspensión general de ejecuciones singulares, siempre que en tal caso se necesite a dicho administrador para proteger los intereses de las partes; el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; el nombramiento haya sido solicitado por el deudor; o haya sido solicitado por la mayoría de acreedores, siempre que los acreedores asuman todos los costes y honorarios de dicho administrador.

³²¹ Artículo 5 de la Directiva.

Pero no solo corresponde al administrador en materia de reestructuración ejercer las funciones que indica el artículo 2 de la Directiva, puesto que la propia norma europea señala también las siguientes:

- a) El mecanismo de control *ex ante* de la financiación provisional u otras transacciones, para evitar posibles abusos, ya que debe protegerse únicamente una financiación razonable y necesaria inmediatamente para la continuidad de la actividad comercial o la supervivencia de la empresa o la conservación o el crecimiento de valor del negocio en espera de la confirmación del plan de reestructuración.
- b) La determinación del carácter razonable y la necesidad inmediata de la asunción de costes y tasas que han de ser tenidas en cuenta en las proyecciones y estimaciones presentadas a las partes afectadas en un plan de reestructuración, con la finalidad de que reciban protección frente a las acciones revocatorias en posteriores procedimientos de insolvencia.
- c) Y el mecanismo de control *ex post* a la aprobación del plan de reestructuración con motivo de la impugnación del plan de reestructuración presentada por un acreedor disidente y fundamentada en la no superación por el mismo de “la prueba del interés superior de los acreedores”, vía a través de la cual, puede acabar impugnándose la valoración del deudor como “empresa en funcionamiento”³²²

Teniendo en cuenta la no necesidad de un nombramiento de administrador concursal proclamada por la Directiva y que en todo el Título III dedicado a la exoneración de deudas no se menciona la intervención de administrador concursal alguno, podría pensarse que la Directiva admite un procedimiento sencillo en el que el propio deudor incluya un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos que prevean la exoneración de deudas, y que no sea necesario el nombramiento de un administrador.

³²² De conformidad con lo establecido por el art. 10.2 in fine de la Directiva 2019/1023, en relación con el art. 14.3 y el art. 14.1 de la misma,

Esta tesis podría sostenerse sobre la base de lo que dispone el considerando 75 de la Directiva³²³ que da a entender que antes de aperturarse un procedimiento ya pueda existir un acuerdo entre deudor y acreedores de aprobación de un plan de pagos y/o ejecución de activos que únicamente deba ser confirmado por la autoridad judicial, sin ninguna otra intervención.

El Considerando 76 de la Directiva redunda en esta tesis cuando manifiesta que en los procedimientos que no incluyan un plan de pagos, los Estados miembros deben poder disponer que el concepto de «apertura del procedimiento» no incluya medidas preliminares, como el nombramiento de un administrador concursal provisional.

La previsión que efectúa la Directiva supone un cambio radical en la tradición legislativa de nuestro país, conforme a la cual los institutos pre concursales apenas han tenido cabida en el derecho positivo. En nuestro derecho no se han contemplado medidas preventivas de la insolvencia, sino que se ha regulado la materia una vez la insolvencia ya existía, centrándose la regulación legal en dar satisfacción a los acreedores, olvidando la importancia de evitar que la insolvencia provoque la desaparición de empresas, por lo que de acuerdo con esta breve consideración procedo a realizar un breve análisis de la evolución legislativa española, bajo el punto de vista de la persona del deudor, puesto que su condición de comerciante o no comerciante condicionaba el tipo de procedimiento a aplicar.

1. Antecedentes históricos: las Ordenanzas de Bilbao

³²³ Según la cual: “Los procedimientos que incluyan un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos deben prever la opción de una exoneración de deudas. Al aplicar tales normas, los Estados miembros deben poder elegir libremente entre esas opciones. Si en el Derecho nacional se dispone de más de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas, los Estados miembros deben garantizar que al menos uno de dichos procedimientos ofrezca al empresario insolvente la oportunidad de lograr la plena exoneración de deudas dentro de un plazo que no sea superior a tres años. En el caso de los procedimientos que combinan una ejecución de activos y un plan de pagos, el plazo de exoneración debe empezar a más tardar a partir de la fecha en que el plan de pagos sea confirmado por una autoridad judicial o empiece a ser aplicado, por ejemplo, a partir del primer plazo con arreglo al plan, pero también podría empezar antes, por ejemplo, en el momento de adoptarse la decisión de abrir el procedimiento”.

Siquiera brevemente debo mencionar que el primer y más importante antecedente histórico de la construcción del Derecho de la insolvencia español, se encuentra en las Ordenanzas de Bilbao³²⁴. En ellas se recoge una amplia regulación de la materia comercial, incluyéndose la insolvencia del deudor comerciante. Su importancia histórica y su grado de penetración en la sociedad y en la actividad del comercio justifican sobradamente su atención.

Las Ordenanzas recogen la obra de SALGADO DE SOMOZA³²⁵, definida por CASTAN TOBEÑAS como el primer tratado sistemático del concurso en el mundo³²⁶, inspirada parcialmente por la *Curia Philipica* y su *Laberinto* de DE HEVIA BOLAÑOS³²⁷ quien utilizó por vez primera el vocablo “laberinto” para referirse al sistema concursal; y en Amador RODRIGUEZ³²⁸ a quien se le atribuye el primer uso del término “concurso”, además de tratar indistintamente al deudor civil y al deudor comerciante.

En su Tratado, SALGADO DE SOMOZA pretendía reducir los efectos perniciosos de la cesión de bienes sobre el deudor. Intenta caracterizar un procedimiento cuyo rigor sea trasladado del trato al deudor, a la formalidad de aquél. Para conseguir su objetivo, prevé un modelo de cesión de bienes que no hará diferencias entre comerciantes y no comerciantes, y en el que no se exige el encarcelamiento previo del deudor o la necesidad del reconocimiento de las deudas, con efectos de confesión a cambio de intensificar garantías y formalidades³²⁹

³²⁴ Cuyo nombre completo es: *Ordenanzas de la Ilustre Universidad y Casa De La Contratación de la Muy Noble y Muy Leal Villa de Bilbao (Insertos sus reales Privilegios), Aprobadas y Confirmadas por El Rey Nuestro Señor, Don Phelipe Quinto (que Dios guarde)* Promulgadas el día 2 de diciembre de 1737, habiendo sido redactadas por una comisión de juristas designados por el Consulado de Comercio de Bilbao.

³²⁵ SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam*.

³²⁶ CASTAÑ TOBEÑAS, J., *La vocación jurídica del pueblo español*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1948, p. 54.

³²⁷ DE HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Philipica*, Madrid, 1797, p. 406, (Edición de finales del siglo XVIII).

³²⁸ RODRIGUEZ, A., *Tractatus de concursus et privilegiis creditorum in bonis debitoris, & de prelationibus eorum, atque de ordine & gradu, quo solutio fieri debet, cum debitor solvendo non est, & bona eius publicè venduntur*.

³²⁹ ANOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza un precursor de la moderna doctrina del derecho concursal”. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (coordinado por IGLESIAS PRADA, J.L.), Tomo III, Madrid, Civitas, p. 3475

La importancia del *Labyrinthus* de SALGADO DE SOMOZA está fuera de toda duda, pero se trataba de una obra privada carente de fuerza legislativa, hasta que la comisión de juristas designada por el Consulado de Comercio de Bilbao se inspiró en ella para redactar las Ordenanzas.

El cuerpo legal se divide en nueve capítulos, a saber: “de los atrasos”³³⁰, fallidos, quebrados, o alzados: sus clases, y modo de procederse en sus quiebras (XVIII)³³¹. Las Ordenanzas, aunque pensadas para Bilbao, se extendieron por toda la Península, e incluso en países como Chile, Paraguay, Méjico, Guatemala, Uruguay, etc, con la excepción de Levante, en donde se prefería el Libro del Consulado del Mar³³².

El proceso concursal que caracterizan las Ordenanzas de Bilbao está totalmente impregnado por la dimensión subjetiva de la quiebra. Se distinguen tres géneros de quebrados, a saber:

- a. Atrasados: que son aquellos comerciantes que han incumplido con su obligación de pagar a tiempo sus deudas. Podría decirse que se aplica a los faltos de liquidez. Para ellos, se propone como solución un convenio de espera, con o sin intereses. Este modelo de quiebra, para algunos autores, se mantendrá en futuros modelos, y podría decirse que constituye el antecedente de la suspensión de pagos del Código de Comercio de 1829³³³.

³³⁰ El término “atrasos” fue sustituido posteriormente por “atrasados”, dudando la doctrina si el cambio corresponde a una cuestión de estilo, o a un intento de personalización en la persona del deudor, lo que entroncaría con la idea de ALEMAN MONTERREAL, para quien prevalece en las Ordenanzas la calificación subjetiva del deudor sobre la denominación del procedimiento. Vid ALEMAN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, Andavira, 2010, p 321. Así la palabra “atrasos” aparece en la edición de 1738 (impresa en la oficina de la viuda de Antonio Zafra y Rueda; mientras que “atrasados” es el término de las ediciones de 1775 (oficina de Antonio Fernández) 1787 (oficina de pedro Martín), y 1794 (Imprenta Sancha).

³³¹ Se manejan las ediciones expresadas en la nota anterior, todas digitalizadas y publicadas en la Biblioteca Virtual del Patrimonio Bibliográfico del Ministerio de Cultura y Deporte. Edición de 1738: http://bypv.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=1&forma=ficha&id=1615. Edición de 1794: http://bypv.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=3&forma=ficha&id=1615. Edición de 1787: http://bypv.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=2&forma=ficha&id=1615. Edición de 1794: http://bypv.mcu.es/es/consulta/resultados_busqueda.cmd?posicion=4&forma=ficha&id=1615.

³³² LANGLE, E., *Manual de derecho mercantil español*, Tomo I, Barcelona, 1950, pp. 162 y ss.

³³³ ALEJANDRE GARCIA, J. A., *La Quiebra en el Derecho Histórico Español anterior a la Codificación*, Universidad de Sevilla, 1970, p. 128.

- b. Inculpados: aquellos comerciantes cuya insolvencia procede de diversos “infortunios” ajenos a su conducta. La liquidez se torna en imposibilidad de pago. Para ellos, se propone como solución un convenio de quita, remitiendo así la parte de deuda que no puede pagarse.
- c. Quebrados con dolo³³⁴: aquellos comerciantes que han provocado la quiebra y causado un perjuicio patrimonial a sus acreedores.

En opinión de ZAMBRANA MORAL³³⁵ los dos primeros supuestos no comportan una quiebra en sí, sino que contemplan las figuras de la quita y espera tal y como se aplicaban en el derecho español con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal de 2003.

El procedimiento se iniciaba por el propio deudor o por denuncia de acreedor legítimo, poniendo en conocimiento del Prior su situación patrimonial. En el se obligaba a los deudores en situación de quiebra inminente a realizar un inventario o memoria de sus deudas y bienes y ponerlo a disposición del Prior y los Cónsules. Iniciado el procedimiento el escribano iba a la estafeta de correos correspondiente, comunicando a sus oficiales que no debían entregar carta alguna al quebrado, sino que su correspondencia pasaba a disposición del propio y los Cónsules, quienes leían su contenido y las remitían a los Comisarios³³⁶.

Nos encontramos, por tanto, con la aparición obligatoria del comisario y con la intervención de comunicaciones del deudor. Después se nombraba a un depositario interino de los bienes inventariados, cargo que era temporal, puesto que en la primera junta de acreedores se nombraba a los síndicos comisarios, excepto cuando el nombramiento recaía en el propio depositario³³⁷. Una vez confirmado al depositario interino o nombrados los síndicos comisarios, éstos pasaban a controlar el patrimonio del deudor, controlaban sus libros, llevaban a cabo tareas encaminadas al establecimiento de

³³⁴ Capítulo XVII, nº IV de las Ordenanzas.

³³⁵ ZAMBRANA MORAL, P., *Iniciación Histórica al derecho Concursal: Planteamientos institucionales*, Universidad de Málaga, 2001, p. 168.

³³⁶ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº XI.

³³⁷ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº XIII.

un orden de prelación entre todos los acreedores, que obrará en una memoria debidamente redactada por los propios comisarios³³⁸, en donde se hacía indicación de los acreedores personales, privilegiados, etc.

Las Ordenanzas de Bilbao, sistematizan el concurso del comerciante en cincuenta y seis artículos, configurando un modelo completo y complejo³³⁹ y marcaron un hito importantísimo, puesto que constituyeron la base la regulación de la insolvencia previo al que tenemos en la actualidad, y ya en ellas se contemplaba la figura de lo que hoy conocemos como administrador concursal, cuyo nombramiento, con una u otra denominación, siempre era obligatorio.

En suma, la legislación de la insolvencia siguió el camino marcado por las Ordenanzas de Bilbao, si bien acoplando su normativa a la realidad de principios de los siglos XIX y XX. No obstante, como muy bien señala el profesor OLIVENCIA RUIZ³⁴⁰ del *orto* de nuestra doctrina concursal se pasó a un oscuro ocaso, que incluso vela y difumina en el olvido aquellas conquistas magistrales contenidas en la regulación de la quiebra en las Ordenanzas de Bilbao, y a través de ellas, en el primer Código de Comercio de 1829, los cuales no van acompañados de una elaboración doctrinal.³⁴¹

2. Régimen vigente al tiempo de la promulgación de la Ley concursal

Antes de la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio no solo coexistían en nuestra legislación varios procedimientos de insolvencia (quita y espera, quiebra, suspensión de pagos y concurso de acreedores), sino varios actores en función del procedimiento (comisarios, depositarios, interventores, y síndicos), cada uno de ellos con unas funciones determinadas.

³³⁸ Ordenanzas de Bilbao, Capítulo XVII, nº XIX.

³³⁹ GARCIA ESCOBAR, G.A., Tesis doctoral: *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso*, Universidad de Granada, 2016, p. 98. Disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=61128>

³⁴⁰ OLIVENCIA RUIZ, M., Reforma concursal española y doctrina jurídica, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Nº 1, 2004, p. 21

³⁴¹ Con la excepción del *Tratado de Quiebras* de GONZALEZ HUEBRA, bajo el Código de Comercio de 1829. Madrid, 1856.

La aplicación de un tipo de procedimiento u otro dependía básicamente de dos factores. En primer lugar, de la naturaleza del deudor en estado de insolvencia, comerciante o no comerciante; y, en segundo lugar, el carácter de su insolvencia, provisional o definitiva. Así, para el deudor comerciante se encontraban previstos dos procedimientos diversos, la suspensión de pagos y la quiebra; y para el no comerciante otros dos, la quita, y espera y el concurso de acreedores. Tanto la suspensión de pagos, para el comerciante, como la quita y espera, para el no comerciante, estaban dirigidos a tratar la situación de iliquidez o insolvencia provisional que atravesaba el deudor, en la medida que el activo era superior al pasivo; y su objetivo era la obtención de un convenio con los acreedores. En cambio, elemento común a la quiebra, y al concurso de acreedores, era la insuficiencia de los bienes para hacer frente a la totalidad de los créditos de los acreedores, es decir, el pasivo era superior al activo; y el objetivo al que tendían era la liquidación ordenada del patrimonio concursal para repartir las resultas entre los acreedores en proporción a los créditos de su titularidad.

2.1 Deudor no comerciante (LEC)

Para el deudor no comerciante, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en el Título XII, bajo la denominación “Del concurso de acreedores” regulaba el procedimiento de quita y espera³⁴² y el propiamente denominado concurso de acreedores³⁴³. El primero debía instarse con carácter previo a solicitar la declaración de concurso, y consistía en lograr una quita, una espera, o ambas cosas³⁴⁴, en un sencillo procedimiento en el que no estaba prevista la intervención de persona distinta al juez, acreedores y deudor, es decir, que no era necesario el nombramiento de un administrador.

Por su parte, el Código Civil de 1889, en el Título XVII de su Libro IV, que llevaba por título “de la concurrencia y prelación de créditos”, también regulaba el instituto aplicable al deudor insolvente no comerciante manifestando que el deudor puede solicitar

³⁴² Artículos 1130 a 1155 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

³⁴³ Artículos 1156 a 1357 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

³⁴⁴ Artículo 1130 de la LEC (derogado por la Ley 22/2003)

judicialmente de sus acreedores quita y espera de sus deudas, o cualquiera de las dos cosas³⁴⁵.

En contraposición a la quita y espera, en el procedimiento de concurso de acreedores previsto en la LEC de 1881, en el mismo auto que lo declara era imprescindible el nombramiento de un depositario-administrador que se encargaba de la conservación y administración de los bienes ocupados al deudor³⁴⁶ y ostentaba la representación del concurso hasta que se nombraban los síndicos, momento en el cual cesaba. El nombramiento de los síndicos tenía lugar en la primera junta de acreedores para reconocimiento de los créditos, debiéndose elegir un número de tres. Las funciones de los síndicos³⁴⁷ consistían en representar al concurso en juicio y fuera de él, defendiendo sus derechos y ejercitando las acciones y excepciones que les competan; administrar los bienes del concurso; recaudar y cobrar todos los créditos, rentas y pensiones que pertenezcan al concurso, y pagar los gastos del mismo que sean indispensables para la defensa de sus derechos y para la conservación y beneficio de sus bienes; procurar la enajenación y realización de todos los bienes, derechos y acciones del concurso en las condiciones más ventajosas y con las formalidades de derecho; y examinar los títulos justificativos de los créditos y proponer a la Junta de acreedores su reconocimiento y graduación.

Todos los intentos de reforma de la regulación de la insolvencia no llegaron a cristalizar³⁴⁸ hasta la publicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal, que refundió bajo la denominación “concurso de acreedores” todos los institutos existentes con

³⁴⁵ Artículo 1912 del Código Civil (hoy derogado por Ley 22/2003)

³⁴⁶ Artículo 1173, 2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

³⁴⁷ Artículo 1218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881.

³⁴⁸ Como intentos de reforma podemos citar: a) el anteproyecto de código de Comercio, publicado en la Gaceta de Madrid el 15 de octubre de 1929, que trataba de orientar en la distinción entre los supuestos de suspensión de pagos y quiebra; b) el anteproyecto de Ley de concurso de acreedores de 1959, que ordenaba la insolvencia entre comerciantes y no comerciantes; c) el anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación y publicado el 27 de junio de 1983, que se basaba en los principios de unidad legal (material y formal), de disciplina (para deudores comerciantes y no comerciantes) y de sistema (un único procedimiento flexible con solución de convenio, liquidación o gestión controlada); d) el anteproyecto de Ley de Bases de 1987, por la que se delegaba al Gobierno la potestad para dictar normas sobre concurso de acreedores; e) la propuesta de anteproyecto elaborada en la Comisión General de Codificación de 23 de junio de 1994(publicada el 15 de febrero de 1996, en la que se mantienen los principios de unidad legal y de disciplina, pero se vuelve al sistema dual de concurso y suspensión de pagos, diferenciando entre insolvencia e iliquidez.

anterioridad (quiebra, suspensión de pagos, quita, espera y el propio concurso de acreedores de la LEC), sin hacer distinciones entre comerciantes y no comerciantes, y en la que existían evidentes similitudes entre la regulación del concurso de acreedores para el deudor no comerciante que preveía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y la regulación del concurso, para comerciantes y no comerciantes, que preveía la Ley Concursal en su redacción original de 9 de julio de 2003.

El Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), en su artículo 486, tiene regulada la exoneración del pasivo insatisfecho únicamente para toda persona natural que haya tramitado su concurso, pudiendo solicitarse vez haya concluido el mismo por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. A su vez el TRLR, en sus artículos 487 y siguientes reorganiza y aclara el artículo 178 bis de la Ley Concursal, pero mantiene la obligatoriedad de que con anterioridad a la solicitud de exoneración se haya tramitado el concurso de acreedores, con el consiguiente nombramiento de administrador concursal.

Expuesto que ha sido cuanto antecede, puedo concluir afirmando que existe una perfecta armonía entre la tradición española del procedimiento de quita y espera, y el procedimiento de exoneración de deudas que prevé la Directiva, lo que no implica que pueda ser nombrado un administrador concursal en los casos de exoneración ya que la Directiva no lo impide.

2.2 Deudor comerciante (CCom)

El Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 dedicaba su Libro Cuarto a las Quiebras³⁴⁹ señalando en su artículo 1.014 que “*el que no tenga la calidad de comerciante no puede constituirse ni ser declarado en quiebra*”, regulando cinco clases de quiebras³⁵⁰ a lo largo de su articulado³⁵¹, y consideraba quebrado a todo comerciante que sobre el pago en el pago corriente de sus obligaciones³⁵².

³⁴⁹ Artículos 1001 a 1177.

³⁵⁰ Artículo 1002 Código de Comercio de 1829: *Se distinguen para los efectos legales, cinco clases de quiebras: 1ª Suspensión de pagos; 2ª Insolvencia fortuita; 3ª Insolvencia culpable; 4ª Insolvencia fraudulenta; 5ª Alzamiento*”

³⁵¹ Artículos 1017 al 1158 del código de comercio de 1829.

³⁵² Artículo 1001 del código de comercio de 1829.

La declaración de quiebra conllevaba la grave consecuencia de que el quebrado quedaba inhabilitado para administrar y disponer de sus bienes³⁵³. De esta administración se hacía cargo, provisionalmente, un depositario-administrador nombrado por el juez en el momento de declarar la quiebra, y después los síndicos³⁵⁴.

El nombramiento de depositario debía recaer en *un comerciante de notorio abono y buen crédito, sea o no acreedor a la quiebra*³⁵⁵ quien era el encargado de conservar los bienes ocupados al deudor hasta el día de la junta de acreedores nombramiento de síndicos³⁵⁶.

El segundo órgano de la quiebra era el Comisario, quien, como al depositario, también se nombraba en el momento de declararse la quiebra por el juzgado³⁵⁷. Era el encargado de autorizar todos los actos de ocupación de los bienes y papeles relativos al giro y tráfico del quebrado. Se encargaba de examinar los libros, documentos, y papeles del quebrado, siendo la persona encargada de recibir y abrir la correspondencia. Inspeccionaba todas las operaciones del depositario y de los Síndicos³⁵⁸, y tenía como misión fundamental presentar al juez el estado de los acreedores, y preparar el juicio de la calificación con el informe que debía efectuar tras la ocupación de los bienes y papeles de la quiebra³⁵⁹.

Los Síndicos eran los encargados de la administración de la quiebra, debían realizar un inventario de todos los bienes del quebrado, y se encargaban de justipreciarlos y venderlos³⁶⁰. También tenían como misión examinar y reconocer los créditos, así como graduar los mismos y efectuar el pago a los acreedores³⁶¹.

³⁵³ El Artículo 1035 disponía que: “*El quebrado queda de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra*”

³⁵⁴ El Artículo 1044.4ª, disponía “*el nombramiento de depositario en la persona de la confianza del juzgado de 1ª instancia a cuyo cargo se pondrá la conservación de todos los bienes ocupados al deudor, hasta que se nombren los Síndicos.*”

³⁵⁵ Artículo 1049 del Código de 1829.

³⁵⁶ Artículos 1068 y 1069 del Código de 1829.

³⁵⁷ Artículo 1044.1ª del Código de 1829.

³⁵⁸ Artículo 1045 del Código de 1829

³⁵⁹ Artículo 1139 del Código de Comercio de 1829

³⁶⁰ Artículos 1079 a 1099 del Código de 1829.

³⁶¹ Artículos 1100 a 1136 del Código de 1829.

Con el Código de Comercio, coexistió la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio, promulgada el 24 de julio de 1830, en cuyo Título Quinto “Del orden de proceder en las quiebras”³⁶² se regulaba la quiebra del deudor comerciante.

Tanto la Ley de Enjuiciamiento citada, como el Código de comercio de 1829, fueron derogados por Decreto de 6 de diciembre de 1868, no obstante, lo cual, se exceptuó de la derogación tanto el Libro Cuarto del Código de Comercio, como el Título Quinto de la Ley de Enjuiciamiento, manteniendo ambos su vigencia hasta la promulgación de la Ley 22/2003, Concursal³⁶³.

En pacífica coexistencia con la quiebra, y para tratar de la quiebra del banco de Barcelona, el 26 de julio de 1922, se promulgó la Ley de Suspensión de Pagos, que, en contraposición a la quiebra, se concebía como un beneficio al que podía acogerse el empresario insolvente que quisiera alcanzar un convenio con sus acreedores, introduciendo elementos coherentes con el sistema de quiebra.

En la misma providencia por la que el juez declara la suspensión de pagos, se ordenaba la intervención de todas las operaciones del deudor, y se nombraban a tres interventores³⁶⁴, que eran los encargados de inspeccionar los libros del deudor, intervenir sus operaciones y autorizar todos los actos del suspenso³⁶⁵, ello significaba que el deudor no podrá realizar pagos, cobros o negocios sin el visto bueno de la intervención judicial.

Para la consecución del convenio era necesario verificar la situación patrimonial y financiera del deudor y determinar quiénes son sus acreedores, a fin de que éstos, a la vista de aquella situación económica del suspenso, decidan si dan su conformidad al

³⁶² Artículos 169 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio

³⁶³ En este punto, debemos citar dos referencias: OLIVENCIA, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio”. *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, pp. 341-288; MOTOS GUIRAO, M. y BLANCO CAMPAÑA, J., “Proceso histórico de formación del Código de Comercio”. *Centenario del Código de Comercio*, Vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991.

³⁶⁴ Artículo 4 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922

³⁶⁵ Artículo 6 de la Ley de Suspensión de Pagos de 1922

convenio propuesto. Esta tarea también estaba encomendada a los Interventores, quienes debían velar por la exactitud del activo y pasivo³⁶⁶.

Mientras que en la quiebra los créditos debían de ser insinuados por los propios acreedores y aprobados y graduados por la junta de acreedores (o, en su caso, por el juez), en cambio, en la suspensión de pagos se partía de la relación de acreedores presentada por el propio deudor y verificada por los interventores, quienes confeccionan una lista provisional de créditos, que podían impugnar los acreedores. Una vez resueltas las impugnaciones por el Juez, éste fijaba lista definitiva de acreedores, antes de la fecha prevista para la celebración de la junta.

Aunque los principales efectos de la suspensión de pagos se producían desde que el juez la admitía a trámite, la Ley reservaba para un momento posterior la declaración formal de este estado. Una vez que los interventores judiciales habían examinado la contabilidad del deudor y habían comprobado las causas declaradas por éste, emitían un dictamen³⁶⁷, que era tenido en cuenta por el juez para declarar al deudor en estado legal de suspensión de pagos, determinando si su insolvencia es provisional o definitiva³⁶⁸.

En los casos de insolvencia provisional, en el mismo auto en que se declaraba la suspensión de pagos, se convocaba a los acreedores a una junta general para la aprobación del convenio. Si éste era aprobado los interventores cesaban en su función, dictando el juez un auto aprobándolo y ordenando a los acreedores a estar y pasar por él, salvo que se hubiese formalizado oposición al mismo, en cuyo caso se abría un incidente que finalizaba por Sentencia.³⁶⁹

³⁶⁶ Artículo 8 de la Ley de Suspensión de pagos de 1922.

³⁶⁷ El dictamen debía versar acerca de los siguientes extremos: a) la exactitud del activo y pasivo del balance, con expresión de la naturaleza de los créditos incluidos en uno y otro; b) el estado de la contabilidad del suspenso e informalidades que en ella se notaren, con arreglo a la Ley; c) certeza o inexactitud de las causas que, según la Memoria presentada, hayan originado la suspensión.

³⁶⁸ Se consideraba insolvencia provisional, cuando el activo era superior o igual al pasivo; y definitiva, cuando era inferior (art. 8 de la Ley de suspensión de pagos).

³⁶⁹ Las únicas causas en las que podía fundarse la oposición a la aprobación de un convenio eran: a) defectos de forma en la convocatoria, celebración, deliberación y acuerdos de la junta; b) falta de personalidad o representación de alguno de los votantes, siempre que su voto hubiese influido decisivamente en la formación de las mayorías; c) inteligencia fraudulenta entre el deudor y uno o mas acreedores, o de estos entre sí, para votar a favor del convenio; d) exageración fraudulenta de créditos para procurare la mayoría; e) error en la estimación del pasivo padecido por el juez, siempre que influyera en la calificación de la

En los casos de insolvencia definitiva, no se acordaba la convocatoria de la junta hasta que transcurría el plazo de quince días para que el suspenso consignase o afianzase el déficit. Si tal consignación o afianzamiento se producía, la insolvencia se convertía en provisional, pero en el caso de que el Juez mantuviese la calificación de insolvencia definitiva, convocaba inmediatamente la junta a no ser que los acreedores que representasen los dos quintos del total pasivo, solicitasen que se sobresea el expediente o se declare la quiebra³⁷⁰.

De la regulación de la quiebra y la suspensión de pagos del Código de Comercio de 1885 apenas existen obras generales sobre la materia y las pocas publicadas en la primera época de vigencia³⁷¹ carecen de especial valor doctrinal, ya que constituyen una buena guía de actuaciones judiciales, en el oscuro e intrincado camino de los juicios universales, con más práctica que teoría.³⁷²

Quizás por el hecho de que se le aventuraba una efímera provisionalidad³⁷³, tampoco la Ley de suspensión de pagos de 1922 fue objeto de profundo análisis por parte de la doctrina excepción hecha de TORRES DE CRUELS³⁷⁴ y de la importante obra de relevante extensión y profundidad de SAGRERA TIZON³⁷⁵

insolvencia; f) improcedente declaración del derecho de abstención, cuando la cuantía de los créditos correspondientes a los acreedores abstenidos influya en la formación de las mayorías de capital para aprobar el convenio; g) inexactitud fraudulenta en el balance general.

³⁷⁰ Una vez adquiría firmeza el auto que declaraba al suspenso en insolvencia definitiva, se abría una pieza separada para depurar responsabilidades, que se tramitaba por los cauces del juicio de mayor cuantía, en la que eran parte los acreedores personados y el ministerio fiscal, y cuya tramitación no impedía ni prejuzgaba el ejercicio de las acciones penales (art. 20 de la Ley de Suspensión de pagos).

³⁷¹ Las obras de MARTORELL, L. y NOGUES, E., *Quiebras y suspensiones de pagos*, Vol. 2, Madrid 1883 (3ª edición, Madrid 1897) y ESTASÉN, P., *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras*, Madrid, 1889.

³⁷² MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Prólogo* a la obra de RIVES y MARTI, F. *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concursos de acreedores y quiebras*, Madrid, 1903 (2ª ed., Madrid, 1904; 3ª ed., Madrid, 1953).

³⁷³ Fue dictada para resolver un caso concreto: la quiebra del Banco de Barcelona, y en su artículo adicional segundo disponía que “*Pasados cuatro años de vigencia de esta Ley, el Gobierno podrá suspender sus efectos, dando cuenta de ello a las Cortes*”

³⁷⁴ TORRES DE CRUELLS, J., *La suspensión de pagos*, 1ª ed., Barcelona 1957, quien cuando escribe el 31 de mayo de 1957, *el Propósito y plan de su libro* afirmó que “no existe literatura jurídica” en esta materia, como no la hay sobre quiebra, tras los clásicos SALGADO DE SOMOZA y GONZALEZ HUEBRA. Se propone el autor, en primer lugar, “ser útil” aportando “una interpretación actual y moderna de la Ley y la doctrina”; y en segundo, “reavivar la afición a una disciplina jurídica, la del Derecho Concursal que, hoy tiene importantes escuelas e incluso revistas especializadas.

³⁷⁵ SAGRERA TIZON, J.M., *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, 4 volúmenes, ed, Barcelona, 1974.

3. Ley Concursal

Como se ha visto, en el régimen inmediatamente anterior coexistían varios procedimientos de insolvencia, y varios actores (comisarios, depositarios, interventores, y síndicos), cada uno de ellos con unas funciones determinadas. Era necesario, pues *simplificar la disparidad de procedimientos, a través de uno solo que permitiera la dualidad de soluciones. Ello significaba que la situación económica que ha de conducir a la apertura del procedimiento fuese la misma (la insolvencia), con independencia de que, una vez iniciado el procedimiento, se exijan unas circunstancias distintas para optar por una u otra solución*³⁷⁶.

El principio de unidad legal consagrado por la Ley concursal³⁷⁷, supone que la integridad del ordenamiento jurídico concursal se contenga en un solo código legal, eliminando la dispersión normativa del régimen concursal derogado.

Esta unificación también supone que se haya prescindido de las tradicionales figuras de los comisarios, depositarios, interventores o síndicos, acudiendo a una sola figura, *el administrador concursal*, a quien se le asignan y acumulan todas y cada una de las tareas que se encontraban distribuidas entre los anteriores.

En torno a la terminología empleada por la Ley, sufrió modificaciones a lo largo de su tramitación parlamentaria, empleándose términos como “administración judicial”³⁷⁸, “interventores” o “síndicos” siendo estos dos términos los más acordes con la tradición legislativa española y los utilizados por el reglamento CE 1346/2000 del Consejo

³⁷⁶ CERDA ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, Colección de estudios económicos de “La Caixa” número 25.

³⁷⁷ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³⁷⁸ Considerándose desafortunado dicho término en el Informe del Consejo General del Poder Judicial, así como en el Dictamen del Consejo de Estado.

(Reglamento Comunitario de Insolvencias)³⁷⁹, en vigor en España desde el 31 de mayo de 2002³⁸⁰.

Por lo tanto, la tradición legislativa española, consiste en el nombramiento de una persona, con la denominación que fuere, que se encargaba de las tareas propias de la situación de insolvencia de un deudor.

Junto al principio de unidad legal, nos encontramos con el de unidad de disciplina, dando ahora tratamiento a la insolvencia de cualquier sujeto, terminando con la dualidad de regímenes existentes en la regulación anterior en función de que el deudor tuviese o no la cualidad de comerciante.

Esa unidad de disciplina significa concentrar en un solo texto normativo todo el Derecho concursal vigente. Específicamente se estableció una técnica original según la cual las modificaciones a la prelación crediticia deben producirse mediante introducción explícita en la Ley concursal, a fin de eludir el establecimiento de preferencias en otras Leyes, como ha ocurrido históricamente³⁸¹.

Según el texto de la Ley concursal, todas las personas físicas y jurídicas pueden ser declaradas en concurso. Con esa contundente expresión se produce la unificación del procedimiento, pero también de las cualidades básicas que deben concurrir en la persona del deudor común³⁸².

³⁷⁹ El artículo 2, letra b del Reglamento (CE) 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia define al Síndico como “cualquier persona u órgano cuya función consista en administrar o liquidar la masa o supervisar la gestión de los negocios del deudor”.

³⁸⁰ DE LA CRUZ BÉRTOLO, J.M., en el Comentario al artículo 26 de la Ley Concursal, en VV.AA. *Comentarios a la legislación concursal*, Dir. por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU, vol. I, VVAA, Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004, p. 525, no entiende que la Ley concursal no se haya empleado la denominación “síndico” cuando dicho término es el empleado por el Reglamento de Insolvencia, denominándose al órgano “sindicatura”.

³⁸¹ ETXARANDIO HERRERA, E.J., *Los principios de la reforma concursal: la casa desencantada. El concurso y la conservación de la empresa. La armonización del derecho regulador de la insolvencia*. VI Jornadas Concursales, Vitoria 8 y 9 de junio de 2017, Thomson Reuters, p. 128.

³⁸² DUQUE DOMINGUEZ, J.F., Comentario al artículo 1.1 de la Ley Concursal, en VV.AA. *Comentarios a la legislación concursal*, Dir. por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU, vol. I, VVAA, Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004, p. 68.

La Ley también amplía el ámbito de aplicación, regulando no solo la situación de las personas naturales vivas, sino también la de los bienes de dicha persona una vez fallecida, en caso de insolvencia, siempre y cuando la herencia sea acertada a beneficio de inventario³⁸³.

Cualquier persona física que desarrolle una actividad del tipo que fuere, si ha incurrido en una situación de insolvencia en los términos definidos por la Ley, puede ser declarada en concurso; si es menor o incapacitado no comparecerá personalmente y estará en juicio su representante legal³⁸⁴

En cuanto a las sociedades mercantiles, el nuevo régimen instaurado por la Ley concursal contrasta con el anterior, ya que las sociedades colectivas o comanditarias con objeto civil podían que declararse en concurso de acreedores, pero no en quiebra. Con el nuevo régimen, tanto la sociedad civil, como las sociedades mercantiles pueden ser declaradas en concurso³⁸⁵.

Destacamos también, que en la fase de elaboración legislativa existieron dos posturas bien diferenciadas a la hora de regular el concurso de la herencia: una que pretendía dotar a nuestra Ley de una regulación propia, detallada y minuciosa de la declaración del concurso de la herencia³⁸⁶; y otra que es la que ha prevalecido, que pretendía reconocer que la herencia fuese declarada en concurso, o que muerto o declarado fallecido el concursado, la declaración concursal pudiese continuar como concurso de la herencia³⁸⁷.

³⁸³ En la legislación vigente hasta la entrada en vigor de la Ley concursal, concretamente en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, ya se hacía mención a la situación de los bienes del deudor después del fallecimiento de éste. Así, el artículo 1268, referido a la graduación de créditos, mencionaba el abintestato y la testamentaria concursada.

³⁸⁴ GARCIA VALVERDE, R., *El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso*, en VV.AA. *Derecho concursal*, dir. por GARCIA VALVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA, Madrid, 2003, p. 27 y ss.

³⁸⁵ GHIDINI, *Società personali*, Padova, 1972, p. 298 y ss. V. GERKAN, en WESTPHALEN, G.V., *Kommentar z. Handelstands, Handelsgesellschaften...*, Köln, 1997. PP. 124, 130 y 137, especialmente)

³⁸⁶ Posición mantenida por el profesor ROJO FERNANDEZ RÍO, siguiendo la Ley de insolvencia alemana (*Insolvenzordnung*), artículos 315-331, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, Comisión de Justicia e Interior, año 2002, VII Legislatura, nº 604, sesión nº 74, celebrada el día 29 de octubre de 2002, p. 19726. Y también GONZALEZ CARRASCO, Mª del C., *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez Cano, vol. I, Madrid, 2004, p. 65.

³⁸⁷ Posición mantenida por GARCIA VALVERDE, R., *El Presupuesto subjetivo de la apertura del concurso*, en *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Madrid, 2002, p. 52; y PULGAR

Junto al principio de unidad de disciplina, la Ley Concursal asume el principio de unidad de sistema y establece un único proceso, llamado «concurso de acreedores», estableciendo una doble vía para resolver la situación concursal: la vía denominada conservativa, a través del convenio entre el deudor y sus acreedores; y la vía liquidatoria, a la que se dedica especialmente la Ley. Aun reconociendo la legitimidad de tal dicotomía, han surgido voces³⁸⁸ que han expresado una falta de identidad de una Ley que debe atender a dos finalidades totalmente diferentes -conservación frente a liquidación- en términos que dificultan la unidad orgánica del sistema.

Se adopte la denominación que cada una de las legislaciones europeas considere, lo cierto es que el nombramiento de un administrador concursal, es siempre necesario, salvo en los casos sencillos en los que existan pocos acreedores; en los que exista una manifiesta insuficiencia de masa activa; en aquellos en los que el deudor proponga la aprobación de un plan de pagos, con o sin quita, previamente aceptado por sus acreedores; en los que su nombramiento resultase antieconómico; y en aquellos otros que por su sencillez o por cualquier otra circunstancia, así lo considere el Juez.

4. Texto Refundido de la Ley Concursal

Como muy bien señala CAMPUZANO LAGUILLO³⁸⁹ la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal se produce, fundamentalmente, por las numerosas reformas llevadas a cabo en la Ley concursal, que habían alterado aspectos esenciales de la normativa de insolvencia, aunque la deficiente técnica utilizada en varias de esas reformas había generado dificultades sistemáticas e interpretativas, que aconsejaban la refundición de la normativa concursal.

EZQUERRA, J., Los presupuestos de la apertura del concurso, en *Jornadas sobre la Reforma del derecho Concursal Español*, Madrid, 2002, p. 16.

³⁸⁸ SANCHEZ CALERO-GUILARTE, J., *Nueva Ley concursal*, 1ª ed, Lex Nova, Madrid, Julio 2003.

³⁸⁹ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B. y SANJUAN Y MUÑOZ, E., *GPS concursal*, 3ª ed, Tirant Lo Blanch, 2020, p. 48.

A poco de promulgada la Ley, la profunda crisis duradera por la que atravesó la economía española, evidenció los defectos y las insuficiencias de la nueva normativa, y el correlativo aumento de los procedimientos concursales no tardó en colapsar los juzgados de lo mercantil. Al mismo tiempo, comenzaron a apreciarse síntomas de la «huida de la Ley Concursal». En efecto, algunas importantes sociedades españolas en situación de crisis, en lugar de solicitar el concurso por razón de una insolvencia real o inminente, acudían, siempre que era posible, a foros extranjeros, con buenos resultados, para beneficiarse de soluciones de las que carecía la legislación española.

El objetivo fundamental del Texto refundido consiste en aportar seguridad jurídica a la regulación de la insolvencia, ordenando y aclarando la legislación concursal que había sido objeto de tantas reformas.³⁹⁰

El legislador español se sintió constreñido a intervenir, con frecuencia, invocando razones de extraordinaria y urgente necesidad, para tratar de dar solución adecuada a lo que no la tenía, aunque ello comportara, en ocasiones, la sustitución de elementos básicos del recién estrenado sistema concursal y la ampliación de las posibilidades que originariamente ofrecía la nueva Ley con el fin de conseguir una más adecuada, más flexible y más justa solución de los intereses en conflicto.

Junto con reformas estables, aquellas que, una vez introducidas, no han sido objeto de reconsideración, ha habido casos de reformas de lo reformado, en un proceso continuado de diseño y rediseño, como sucedió con el régimen de los acuerdos de refinanciación, a la inestabilidad de la normativa. De aquel derecho que aspiraba a ser estable se pasó así a un derecho en perpetua refacción.

³⁹⁰ Así lo destaca la II Exposición de Motivos, al disponer que: “Los amplios términos con que ha sido configurada la delegación al Gobierno para la elaboración del texto refundido permiten así solucionar un buen número de problemas sin alterar el sistema legal vigente. De ahí que, al redactar el texto refundido, el Gobierno no se haya limitado a reproducir, con mejor orden, las normas legales objeto de la refundición, sino que haya debido incidir en esa normativa en una muy delicada labor para cumplir fielmente la encomienda recibida. Ordenar un texto que las sucesivas reformas habían desordenado; redactar las proposiciones normativas de modo que sean fáciles de comprender y, por ende, de aplicar, y eliminar contradicciones –o incluso normas duplicadas o innecesarias– han sido pautas esenciales que han guiado la encomienda recibida.”

Esa acumulación de reformas justificó que la disposición final octava de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, habilitara al Gobierno para aprobar un texto refundido en el plazo de doce meses, con la finalidad de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que debían ser refundidos. En el plazo previsto, la refundición no tuvo lugar, por lo que en la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, se incluyó una disposición final tercera que habilitaba un nuevo plazo para aprobar un texto refundido a propuesta de los Ministros de Justicia y del entonces denominado de Economía y Empresa.

Finalmente vio la luz, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprobó el texto refundido de la Ley Concursal que cumple con su finalidad, si bien altera la sistemática trasladando y recolocando muchas normas contenidas en títulos diferentes de la Ley Concursal. No obstante su publicación hemos de tener en cuenta que la Disposición Transitoria Única mantiene vigentes los artículos 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, hasta que se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda del Texto Refundido. Dichos artículos se corresponden con el contenido de los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 todos ellos inclusive, del Texto refundido.

V. LA ADMINISTRACION CONCURSAL COMO MEDIDA CONCRETA QUE DEBE ADOPTARSE PARA MEJORAR LA EFICIENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS.

Desde hace tiempo el instrumento fundamental del ordenamiento concursal ha dejado de ser la liquidación disgregativa³⁹¹. Los legisladores se han dado cuenta de que el tradicional Derecho concursal orientado a preferentemente a dar satisfacción a los acreedores, y con una orientación eminentemente liquidativa, tiene que ser reservado para solucionar las crisis de empresas no viables.

En este contexto, desde 2008 y en particular en el periodo comprendido entre 2011 y 2015 se advierte en el marco europeo una evolución hacia un derecho de reestructuración de empresas en crisis impulsada desde diversos organismos internacionales (Banco Mundial, Uncitral, Fondo Monetario Internacional ...) y en el ámbito comunitario en particular³⁹².

La disciplina europea contenida en la Directiva sobre marcos de reestructuración en gran medida se explica su elaboración por el intento de introducir en Europa un régimen armonizado para los acuerdos de refinanciación, que desincentive el *turismo concursal* al Reino Unido, con la finalidad de acogerse al rápido, flexible y beneficioso régimen de los *schemes of arrangement*³⁹³.

El objeto de la Directiva (UE) 2019/1023 es “*contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y eliminar los obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales, tales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento, resultantes de las diferencias entre las normativas y los procedimientos*”

³⁹¹ PACCHI, S., “El objetivo de la conservación de los valores en el ordenamiento concursal italiano” en DIAZ MORENO-LEON SANZ *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, Aranzadi, 2015, Cizur Menor, p. 27.

³⁹² PULGAR EZQUERRA, J., “*Preconcursalidad y reestructuración empresarial*”, Wolters Kluver, Madrid, 2016, p. 37

³⁹³ NIETO DELGADO, C., “Funciones de la administración concursal en el nuevo marco regulatorio de las insolvencias (reestructuración y concurso)” en “*Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*”, Wolters Kluver, Madrid, diciembre 2020, p. 171.

nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación”³⁹⁴, y para conseguir su objetivo actúa en tres campos distintos:

- La reestructuración preventiva, formulado como garantía de que las empresas y empresarios viables que se hallen en dificultades financieras puedan reestructurarse y continuar su actividad, eludiendo el concurso³⁹⁵. El corte de la Directiva en este campo, que es el más extenso, resulta marcadamente económico.
- La segunda oportunidad, formulado como método para que los empresarios de buena fe insolventes o sobre endeudados puedan disfrutar de la plena exoneración de sus deudas después de un periodo de tiempo razonable³⁹⁶. Este aspecto tiene un enfoque más social y cultural.
- Y la eficacia de los procedimientos de reestructuración, exoneración de deudas y propiamente de insolvencia, formulada como mejora funcional, especialmente reduciendo su duración³⁹⁷. Es un punto de eficiencia procesal.

A la eficacia de los procedimientos, dedica la Directiva cuatro artículos, del 25 al 29, estructurados en dos títulos, el cuarto, sobre *medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*, y el quinto, que regula la forma de *seguimiento* de estos procedimientos.

El legislador europeo, consciente de que en muchos Estados miembros los procedimientos de reestructuración, exoneración e insolvencia actuales no son lo

³⁹⁴ Considerando 1

³⁹⁵ De acuerdo con los datos facilitados por la Dirección General de Justicia y Consumidores, cada año en la Unión Europea 200.000 empresas son objeto de procedimientos de insolvencia, dando lugar a que aproximadamente 1,7 millones de trabajadores pierdan su empleo.

³⁹⁶ En palabras del Comisionado de Justicia, consumidores e igualdad de Género VĚRA JOUROVÁ SAID: “en En muchos casos, las quiebras y pérdidas de trabajo podrían evitarse si dispusiéramos de unos procedimientos de insolvencia y reestructuración más eficientes. Ya es hora de dar a los emprendedores una segunda oportunidad de relanzar su empresa mediante la liquidación total de su deuda en un plazo máximo de tres años.” Comunicado de prensa de 22 de noviembre de 2016.

³⁹⁷ De este modo se reducirá la excesiva lentitud y los costes excesivos de los procedimientos en muchos Estados miembros, lo que genera inseguridad jurídica para los prestamistas e inversores y unas bajas tasas de cobro de deudas impagadas.

suficientemente eficaces³⁹⁸, con la finalidad de aumentar la eficiencia de los mismos, considera necesario que los Estados miembros aborden en sus respectivas legislaciones, tres temas fundamentales, a saber: medidas concretas para *reducir su duración*, la *reducción de sus costes*, y la *profesionalidad* de los administradores concursales, que pasamos a analizar. Como ha advertido el Banco Mundial, las instituciones y los profesionales que intervienen en los procedimientos de insolvencia son elementos críticos para el éxito de cualquier régimen de insolvencia³⁹⁹.

Podría decirse que la Directiva adopta una postura conservadora, al centrarse en medidas básicas que condicionan cualquier procedimiento de insolvencia, en lugar de lanzarse a acometer un paquete más completo de medidas tendentes a lograr la eficacia y rapidez de los procedimientos de insolvencia⁴⁰⁰. Como bien asevera PACCHI⁴⁰¹, los procedimientos concursales son eficaces si son tempestivos y rápidos.

1. Reducción de la duración de los procedimientos

El Consejo instó a los Estados miembros a reducir el plazo de condonación y liquidación de las deudas para los empresarios honrados después de un concurso de acreedores hasta un máximo de tres años hasta 2013⁴⁰²; y el Parlamento Europeo adoptó una Resolución sobre los procedimientos de insolvencia⁴⁰³ que incluía las anteriormente mencionadas recomendaciones para armonizar aspectos específicos del derecho en

³⁹⁸ El Considerando 6 de la Directiva establece que “la excesiva duración que presentan en varios Estados miembros los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas constituye un factor importante que da lugar a unos porcentajes de recuperación bajos y disuade a los inversores de ejercer actividades empresariales en aquellos países en los que los procedimientos pueden ser excesivamente largos e indebidamente costosos.”.

³⁹⁹ WORLD BANK, *Saving entrepreneurs: proposals on the treatment of MSME Insolvency*, Washington DC, World Bank, 2018, p. 35.

⁴⁰⁰ HERBOSA MARTINEZ, I., La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES), *Revista Aranzadi Unión Europea*, número 8-9, Agosto-Septiembre 2019, p.149.

⁴⁰¹ PACCHI, S., *Acreedores y marcos de refinanciación. El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la Ley concursal*. VV.AA. VEIGA COPO, A., (dir) y MARTINEZ MUÑOZ, M. (coor), Thomson Reuters, 1ª Ed, 2020, p. 821.

⁴⁰² Conclusiones del Consejo sobre la revisión de la «Small Business Act» para Europa, adoptada el 30 de mayo de 2011, 10975/2011, disponible en <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2010975%202011%20INIT>.

⁴⁰³ Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el procedimiento de insolvencia en el contexto del derecho de sociedades de la UE, 2011/2006(INI), 17 de octubre de 2011.

materia de insolvencia sustantiva, incluidas las reestructuraciones y el derecho de sociedades.

La reducción de la duración de los procedimientos contribuye a incrementar los porcentajes de recuperación de los acreedores, ya que el paso del tiempo normalmente solo se traduce en una mayor pérdida de valor del deudor o de su empresa⁴⁰⁴. Por último, unos marcos eficientes de reestructuración preventiva, insolvencia y exoneración de deudas permitirían evaluar mejor los riesgos de las decisiones sobre préstamos y créditos, y facilitarían la adaptación de los deudores insolventes o sobreendeudados, al reducir al mínimo los costes económicos y sociales derivados de sus procesos de despalancamiento.

Por lo tanto, las medidas que deban adoptarse para aumentar la eficiencia de los procedimientos tienen su base en la necesidad de reducir los plazos de los procedimientos logrando con ello salvar a empresas viables⁴⁰⁵.

2. Reducción de los costes.

El segundo elemento a tener en cuenta es la reducción de los costes de los procedimientos, y evitar aquellos que sean innecesarios⁴⁰⁶.

⁴⁰⁴ El Considerando 6 de la Directiva así lo establece al disponer que “la excesiva duración que presentan en varios Estados miembros los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas constituye un factor importante que da lugar a unos porcentajes de recuperación bajos y disuade a los inversores de ejercer actividades empresariales en aquellos países en los que los procedimientos pueden ser excesivamente largos e indebidamente costosos”

⁴⁰⁵ A este respecto el Considerando 5 de la Directiva dispone que: “En muchos Estados miembros, son necesarios más de tres años para que los empresarios que sean insolventes, pero de buena fe puedan obtener una exoneración de sus deudas y empezar de nuevo. La ineficiencia de los marcos de exoneración de deudas y de inhabilitación tiene como consecuencia que los empresarios se vean obligados a trasladarse a otros territorios con objeto de disfrutar de una nueva oportunidad en un período de tiempo razonable, lo que conlleva un elevado coste adicional tanto para sus acreedores como para los propios empresarios. La inhabilitación prolongada que suele ir aparejada a los procedimientos encaminados a la exoneración de deudas supone un obstáculo a la libertad de emprender y ejercer una actividad empresarial por cuenta propia.”

⁴⁰⁶ Vid. Considerando 6 de la Directiva.

La Directiva pone su acento en las PYMES⁴⁰⁷ considerando que dichas empresas tienen más probabilidades de ser objeto de liquidación que de reestructuración puesto que tienen que soportar unos costes desproporcionadamente superiores a los de las empresas de mayor tamaño.

Resulta obvio que, a menudo carecen de los recursos necesarios, especialmente cuando se enfrentan a dificultades financieras, para afrontar unos costes de reestructuración elevados y acogerse a los procedimientos de reestructuración más eficientes disponibles solo en algunos Estados miembros. Con el fin de ayudar a estos deudores a reestructurarse a bajo coste, la Directiva considera que deben elaborarse, a escala nacional, unas listas exhaustivas de control de los planes de reestructuración que estén adaptadas a las necesidades de las PYMES y que puedan consultarse en línea, y además deben ofrecerse herramientas de alerta temprana para advertir a los deudores de la necesidad urgente de actuar, teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponen las PYMES para la contratación de expertos⁴⁰⁸.

Para evitar aquellos costes que son innecesarios, la Directiva considera de importancia que el deudor conserve, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial. Por ello, indica que no siempre debe ser obligatorio el nombramiento de un administrador concursal⁴⁰⁹.

La Directiva propone que los Estados miembros prevean normas encaminadas a reducir los costes adicionales de evaluación de riesgos y de ejecución transfronteriza de reclamaciones causados a los acreedores de empresarios sobre endeudados. Asimismo, considera que deben reducirse los costes adicionales para los empresarios derivados de la necesidad de trasladarse a otro Estado miembro para poder disfrutar de la exoneración de deudas.

⁴⁰⁷ El Considerando 17 establece que *“las empresas, en particular las pymes, que representan el 99 % de todas las empresas de la Unión, deben poder disfrutar de un planteamiento más coherente a escala de la Unión”*

⁴⁰⁸ Así se establece en el Considerando 17 de la Directiva.

⁴⁰⁹ Considerando 30 y artículo 5 de la Directiva

Igualmente considera necesario la Directiva, reducir los costes de la reestructuración, tanto para los deudores como para los acreedores. Por ello, deben reducirse las diferencias entre los Estados miembros que obstaculizan la reestructuración temprana de los deudores viables en dificultades financieras y la posibilidad de que los empresarios de buena fe obtengan una exoneración de deudas⁴¹⁰.

3. La administración concursal como medida concreta

El tercer elemento a tener en cuenta para mejorar la eficiencia de los procedimientos, lo constituye *la profesionalidad* de los administradores concursales, ya que si son unos buenos profesionales reducirán el plazo de duración de los procedimientos, se abaratarán sus costes, y con ello se logra una mayor eficiencia.

A estos efectos, el artículo 26 de la Directiva (UE) 2019/1023, bajo el título “*Administradores en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas*” marca la pauta de cuáles son las medidas que pueden mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales estableciendo como requisitos imprescindibles para el nombramiento de un administrador concursal, los siguientes⁴¹¹:

- i) el haber recibido una *formación* adecuada y tener los *conocimientos especializados* necesarios para el desempeño de sus funciones. La

⁴¹⁰ El Considerando 15 de la Directiva también considera que “La reducción de esas diferencias debería aportar mayor transparencia, más seguridad jurídica y más previsibilidad en toda la Unión. Deberían maximizar las ventajas para todo tipo de acreedores e inversores y fomentar la inversión transfronteriza. Una mayor coherencia de los procedimientos de reestructuración e insolvencia también debería facilitar la reestructuración de los grupos de empresas, independientemente de la ubicación en la Unión de los miembros del grupo”.

⁴¹¹ El artículo 26 de la Directiva establece que “Los Estados miembros garantizarán que: a) los administradores nombrados por una autoridad judicial o administrativa en procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (en lo sucesivo, «administradores concursales») reciban la formación adecuada y tengan los conocimientos especializados necesarios para el desempeño de sus funciones; b) las condiciones de admisibilidad y el procedimiento para el nombramiento, la revocación y la dimisión de los administradores concursales sean claros, transparentes y justos; c) al nombrar a un administrador concursal para un caso concreto, incluidos los casos con elementos transfronterizos, se tengan debidamente en cuenta los conocimientos y la experiencia del administrador concursal, así como las particularidades del caso, y d) a fin de evitar conflictos de intereses, los deudores y acreedores tengan la posibilidad bien de oponerse a la selección o al nombramiento del administrador concursal, bien de solicitar la sustitución del administrador concursal”.

profesionalidad de todos los actores implicados debe situarse a altos niveles similares en toda la Unión. Dicha formación y dichos conocimientos especializados podrían adquirirse también durante el ejercicio de sus funciones o antes de la asunción de dichas funciones.

- ii) que las *condiciones de admisibilidad* y los procedimientos para su nombramiento, revocación o dimisión sean claros, transparentes y justos, pudiendo los deudores y acreedores *oponerse a la selección* o nombramiento de un administrador, así como solicitar su sustitución.
- iii) y que se tengan en cuenta los *conocimientos y experiencia* de un administrador, así como las particularidades del caso, en el supuesto de nombramiento de administrador para un caso concreto, o con elementos transfronterizos.

En otros lugares de la norma, se establecen nuevos requisitos que complementan los anteriores, de entre los cuales, podemos señalar:

- En cuanto al ejercicio del cargo: que ejerzan sus *funciones con integridad*, y que obtengan seguros para la responsabilidad profesional⁴¹². Igualmente, que sus servicios se presten de forma eficiente y competente y, en lo que respecta a los implicados, de manera imparcial e independiente⁴¹³.
- En cuanto a su selección: que puedan ser *seleccionados por el deudor*, los acreedores o por una junta de acreedores, a partir de una lista o selección que sea

⁴¹² El Considerando 87 de la Directiva dispone que: “Los Estados miembros deben velar asimismo por que los administradores en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, [...] ejerzan sus funciones con integridad. Es importante que los administradores concursales respeten las normas de dichas funciones, como la obtención de seguros para la responsabilidad profesional”.

⁴¹³ El artículo 27 de la Directiva establece que: “Los Estados miembros establecerán los mecanismos reguladores y de supervisión adecuados para garantizar que el trabajo de los administradores concursales se supervise de manera efectiva, a fin de garantizar que presten sus servicios de forma eficiente y competente y, en lo que respecta a los implicados, de manera imparcial e independiente”.

previamente aprobada por la autoridad judicial o administrativa. Y que igualmente puedan ser seleccionados aleatoriamente, mediante un programa informático⁴¹⁴.

Encontramos pues, que las primeras medidas para mejorar la eficiencia de los procedimientos se basan en la formación, el procedimiento para la selección y nombramiento, y forma de ejercer el cargo de administrador concursal, cuyo examen es el objeto principal de la presente tesis.

Íntimamente relacionado con lo anterior, la Directiva en el artículo 27⁴¹⁵, bajo el título *“Supervisión y remuneración de los administradores concursales”* establece un segundo grupo de medidas, cada una de ellas por si misma importante para mejorar la eficiencia de los procedimientos, pero cuyo tratamiento exhaustivo debe ser objeto de otro trabajo de investigación. Tales medidas consisten en establecer:

- i) Mecanismos reguladores y de supervisión.
- ii) Régimen de sanciones apropiado y eficaz.
- iii) Publicidad
- iv) El fomento la elaboración de códigos de conducta.
- v) Un régimen de retribución en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos.

⁴¹⁴ El Considerando 88 establece que: *“La presente Directiva no debe impedir que los Estados miembros dispongan que los administradores concursales sean seleccionados por el deudor, por los acreedores o por una junta de acreedores a partir de una lista o selección que sea previamente aprobada por una autoridad judicial o administrativa”*.

⁴¹⁵ El artículo 27 dispone que: *“1. Los Estados miembros establecerán los mecanismos reguladores y de supervisión adecuados para garantizar que el trabajo de los administradores concursales se supervise de manera efectiva, a fin de garantizar que prestan sus servicios de forma eficiente y competente y, en lo que respecta a los implicados, de manera imparcial e independiente. Esos mecanismos también incluirán medidas para que respondan de sus actos los administradores concursales que hayan incumplido su deber. 2. Los Estados miembros garantizarán que la información sobre las autoridades u organismos que ejercen la supervisión sobre los profesionales esté a disposición del público. 3. Los Estados miembros podrán fomentar la elaboración de códigos de conducta por parte de los administradores concursales y promover la adhesión a esos códigos. 4. Los Estados miembros velarán por que la retribución de los administradores concursales se rija por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos. Los Estados miembros velarán por que existan procedimientos adecuados para resolver los litigios en materia de retribución”*.

En línea con lo dispuesto en el artículo 27, el Considerando 89 de la Directiva, enumera algunas de las medidas que deben adoptarse para el caso de que un administrador incumpla su deber, tales como la reducción de sus honorarios, su exclusión de la lista o de la selección de administradores, e incluso sanciones disciplinarias, administrativas o penales, en función de la gravedad del caso, todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda ocasionar como consecuencia del incumplimiento de sus funciones.

Cualquiera que sea el concreto diseño del órgano de administración concursal, en todos los ordenamientos de nuestro entorno se trata de profesionales expertos, con una remuneración por procedimiento, designados judicialmente para cada caso, sometidos a responsabilidad en el ejercicio de sus importantísimas funciones de gestión de la insolvencia y de los intereses implicados en ella⁴¹⁶.

4. Otras medidas

Completando los tres bloques de medidas a las que acabamos de referirnos, y con el objeto de reducir aún más la duración de los procedimientos, facilitar una mejor participación de los acreedores, y garantizar condiciones similares entre acreedores independientemente del lugar de su residencia en la Unión, la Directiva considera que los Estados miembros deben establecer disposiciones que permitan a los deudores, acreedores, administradores concursales y autoridades judiciales y administrativas utilizar medios electrónicos de comunicación⁴¹⁷.

⁴¹⁶ BERMUDEZ AVILA, M., “Medidas para mejorar la eficiencia y rapidez de los procedimientos concursales previstas en la Directiva 2019/1023, *Revista Aranzadi Unión Europea*, número 8-9, agosto septiembre 2019, p. 116.

⁴¹⁷ Por lo tanto, actuaciones procesales tales como la reclamación de los créditos por parte de los acreedores, la notificación a los acreedores o la presentación de reclamaciones y recursos deben poder hacerse por medios electrónicos. Los Estados miembros deben poder disponer que las notificaciones a los acreedores únicamente se puedan hacer por vía electrónica si el acreedor en cuestión ha dado previamente su consentimiento a la comunicación electrónica (Considerando 90 de la Directiva).

A estos efectos, el artículo 28 de la Directiva dispone que han de poderse llevar a cabo por medios electrónicos de comunicación, incluso en situaciones transfronterizas, al menos las siguientes acciones:

- a) la reclamación de créditos;
- b) la presentación de planes de reestructuración o reembolso;
- c) notificaciones a los acreedores;
- d) la presentación de impugnaciones y recursos.”

Ahora bien, que las partes no deben estar obligadas a utilizar dichos medios de comunicación, si dicho uso no es obligatorio con arreglo a la normativa nacional, y en el caso de que se utilicen, se han de establecer mecanismos para garantizar la seguridad de las transmisiones⁴¹⁸.

Por su parte, el artículo 29 de la Directiva obliga a los Estados miembros a recopilar y agregar con una periodicidad anual y a escala nacional, datos sobre los procedimientos de reestructuración preventiva, insolvencia y exoneración de deudas, desglosados por tipo de procedimiento y resultado, que incluyan el número de procedimientos abiertos, en trámite y concluidos; la duración media de dichos procedimientos; y el número de solicitudes de procedimientos de reestructuración, lo que no supone mayor dificultad, ya que en la actualidad hay organismos como el INE, o la estadística concursal que se recoge en el anuario del Colegio de Registradores de la Propiedad, Bienes Muebles y Mercantiles de España, en los que pueden obtenerse varios de esos datos.

Con esta previsión legal, la Directiva pretende recoger datos fiables y comparables sobre los resultados de los procedimientos. Si tenemos en cuenta que las únicas personas que conocen con una fiabilidad del 100% los datos que acabamos de indicar son los administradores concursales, nos preguntamos si se les impondrá una nueva obligación, consistente en realizar anualmente la estadística de aquellos datos que no pueden obtenerse por otros medios, tales como los costes del procedimiento; el número de

⁴¹⁸ Considerando 91 de la Directiva.

puestos de trabajo perdidos como consecuencia directa del proceso de insolvencia; los porcentajes de recuperación de cada uno de los grupos de acreedores, y otros datos que solo pueden conocerse en el momento de la rendición de cuentas.

Cabe suponer que, si se impone esa obligación a los administradores concursales, se ayudaría a mejorar la eficiencia de los futuros procedimientos de insolvencia.

Quizás por este motivo, el Texto refundido de la Ley concursal, ha modificado el sistema de rendición de cuentas, ya que por un lado el administrador concursal debe presentar un informe final de liquidación (ex. Art. 468 TRLC) y junto a él, la rendición de cuentas propiamente dicha⁴¹⁹.

⁴¹⁹ El artículo 478 del texto Refundido de la Ley Concursal, dispone que en la rendición de cuentas el administrador concursal debe detallar, no solo la retribución que le hubiera sido fijada por el juez para cada fase del concurso, especificando las cantidades percibidas, incluidas las complementarias, así como las fechas de cada una de esas percepciones, sino también los pagos del auxiliar o auxiliares delegados, si hubieran sido nombrados, así como los de cualesquiera expertos, tasadores y entidades especializadas que hubiera contratado, con cargo a la retribución del propio administrador concursal. Igualmente, -y en esto radica la novedad-, deberá expresar “*el número de trabajadores asignados por la administración concursal al concurso y el número total de horas dedicadas por el conjunto de estos trabajadores al concurso*”.

VI. FORMACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES

La primera medida que la Directiva considera que resulta necesaria adoptar para mejorar la eficiencia de los procedimientos, consiste en que los administradores reciban *“la formación adecuada y tengan conocimientos especializados para el desempeño de sus funciones”*⁴²⁰ pero se ha perdido una buena oportunidad para concretar la formación que debe ser exigible a los profesionales.

En la tramitación legislativa de la Directiva, tampoco se atisba lo que el legislador europeo entiende por formación adecuada. Por un lado, en la opinión emitida por la Comisión de asuntos económicos y monetarios en fecha 7 de diciembre de 2017⁴²¹, tímidamente se considera que los conocimientos deben tenerse *“en los ámbitos jurídicos y mercantil, y deben garantizar que sus servicios se prestan de forma eficaz, imparcial, independiente y competente en relación con las partes”*, resaltando con ello que el alcance de los conocimientos y la formación de los administradores deben ser los necesarios para que se garantice su imparcialidad, independencia, competencia y prestación eficaz de los servicios, y apostillando más tarde, sin demasiada fortuna en la dicción literal, que esos conocimientos no solo deben ser del ámbito jurídico sino también del mercantil⁴²².

Aunque es loable la aportación de la Comisión de asuntos económicos y monetarios, no es muy clarificadora de lo que debe entenderse por formación adecuada, puesto que

⁴²⁰ Así lo establece el artículo 26.1 a) de la Directiva al disponer que: *“Los Estados miembros garantizarán los administradores nombrados por una autoridad judicial o administrativa en procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (en lo sucesivo, «administradores concursales») reciban la formación adecuada y tengan los conocimientos especializados necesarios para el desempeño de sus funciones”* y el Considerando 87 al disponer que *“Los Estados miembros deben velar porque los administradores concursales estén adecuadamente formados”*.

⁴²¹ ECON_AD (2017) 608079 (Dictamen).

⁴²² La opinión de la Comisión de asuntos económicos y monetarios, es la única en todo el proceso legislativo, que recalca la importancia de la formación, puesto que propone que el artículo 26 de la Directiva sea redactado de la siguiente manera: *“Los Estados miembros garantizarán que los mediadores, los administradores concursales y otros administradores designados para abordar las cuestiones relativas a la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad reciban la formación inicial y complementaria añadiendo acto seguido “y tengan conocimientos” y experiencia necesaria para garantizar que sus servicios se prestan de forma eficaz, imparcial, independiente y competente en relación con las partes”*

una persona puede ser muy imparcial, independiente y competente y, sin embargo, no estar formado para llevar a cabo la función que la Ley le encomienda.

Además, si partimos de la base de que el término “administrador concursal” engloba tanto al administrador propiamente dicho, como al administrador en materia de reestructuración, y al que puede nombrarse en los casos de exoneración de deudas⁴²³, debemos preguntarnos si la formación puede ser la misma para todos ellos, o distinta en cada caso.

En España, el anteproyecto de Ley Concursal de 1983⁴²⁴ establecían un modelo de administración concursal profesional, basado en una composición integrada por personas especialistas en la gestión de estados de crisis económica en materia concursal y dedicación exclusiva. Este modelo, aunque no concretaba el grado de profesionalización exigible, hasta un posterior desarrollo reglamentario, preveía un sistema unipersonal compuesto por administradores concursales que se integraban en un registro sito en el Ministerio de Justicia como titulares de una “organización profesional” adecuada para ejercer las funciones del cargo.

Nuestra legislación vigente no regula la formación, los requisitos que la misma debe reunir, ni qué colectivos la deben impartir. No existe examen oficial ni control de la calidad de la formación. Hasta la fecha, los Colegios de Abogados y de Economistas, algunas universidades, y varias organizaciones privadas se han ocupado de dar esta formación no reglada.

La exigencia de formación constituye un presupuesto básico y esencial en Derecho concursal, puesto que la importancia del papel que asume el administrador concursal y la relevancia de sus decisiones con importantísimos efectos frente a terceros (concurrido y acreedores) requiere que se ostente formación propia en la materia concursal, dados los

⁴²³ La Directiva así lo establece en su Considerando 87 cuando dice: “Los Estados miembros deben velar asimismo por que los administradores en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que sean nombrados por las autoridades judiciales o administrativas (*en lo sucesivo, «administradores concursales»*)

⁴²⁴ Artículos 36 y ss. del anteproyecto.

términos del precepto. No se indica el tipo de formación, por lo que puede ser de la más variada naturaleza sin que se limite a formación proporcionada por universidades, o escuelas de negocio, pudiendo ser válida la proporcionada por fundaciones, o instituciones privadas. Ahora bien, es importante resaltar una cosa, la formación ha de ser efectiva, no en vano el que debe apreciarla es el juez del concurso ya que es el que hace el nombramiento, y por lo tanto será el que en última instancia determine si concurre o no el requisito de formación de una persona para un concurso concreto; esta conclusión supone entender que, aunque la elaboración de las listas corresponde al decanato no se excluye el análisis por parte del juez, tal como veremos luego⁴²⁵.

En opinión de CUENA CASAS⁴²⁶ se ha generado un “nicho de negocio” descontrolado. Pagando cursos se obtienen certificados de la formación y ello genera unos importantes beneficios a quienes la imparten.

Lo razonable es que la formación sea reglamentada y exista un control público de la misma, y con ello se evitaría que se pusiese en tela de juicio el sistema de nombramiento por parte del Juez, ya que cuando hay una garantía de que las personas que conforman las listas para ser designados administradores concursales tienen una formación realmente adecuada, el nombramiento discrecional por el juez parece el sistema óptimo, pues puede elegir los profesionales de cuya preparación tiene conocimiento y que mejor se adaptan a las necesidades del concurso en cuestión, lo que tiene la ventaja adicional de que el profesional que trabaja bien, que se forma, puede ser nombrado únicamente por méritos propios⁴²⁷.

⁴²⁵ GARCIA MARRERO, J., “El Estatuto de la administración concursal. Algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento”, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado, disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/actividades/conferencias-ponencias-xxxiii>

⁴²⁶ CUENA CASAS, M., “La profesionalización de la administración concursal. Una reforma imprescindible y urgente”, *Notario del Siglo XXI*, Mayo – Agosto 2020, nº 91-92.

⁴²⁷ Los medios se han hecho eco de vinculaciones entre administradores concursales que organizan muchos cursos (normalmente retribuidos y en los que los ponentes son prácticamente todos jueces), y que casualmente luego son nombrados por algunos de dichos jueces para grandes concursos que proporcionan importantes beneficios, y con ello se pone en duda la integridad, no solo de los administradores concursales, sino también de los jueces que los nombran. A este respecto Vid. “https://www.elconfidencial.com/espana/2014-07-21/la-policia-investiga-una-trama-corrupta-de-jueces-y-administradores-concursales_164136/”; así como “https://www.elconfidencial.com/espana/2011-05-31/jueces-cobran-conferencias-de-administradores-a-los-que-adjudican-procesos-concursales_631414/”

Desde la doctrina se ha apuntado la posible viabilidad de crear un cuerpo funcional propio de alta cualificación para el desempeño de las labores de administración concursal⁴²⁸.

El Derecho alemán, en su § 56 de la Insolvenzordnung⁴²⁹, regula de las condiciones subjetivas para ser administrador, estableciendo que se nombrará administrador concursal a una persona física⁴³⁰, idónea para el caso concreto, con conocimientos para el tipo de asunto, e independiente de los acreedores y del deudor, que deberá ser elegido de entre todas las personas dispuestas a asumir el cargo de administrador concursal.

No establece la Ley alemana de la insolvencia los requisitos necesarios para ser administrador, pero dicha omisión ha sido subsanada mediante la implantación de la titulación profesional de abogado especialista en Derecho de la insolvencia (Fachanwalt für Insolvenzrecht), creada en 1999 por un órgano que equivaldría a nuestro Consejo General de la Abogacía. Para obtener el título es necesario superar una serie de exámenes jurídico-económicos, acreditar experiencia en, al menos, cinco procedimientos concursales (dos de los cuales deben tener cinco trabajadores en el momento de declaración) y mantener el compromiso de formación continuada.

Como señala NIETO DELGADO⁴³¹ los profesionales que cuentan con la titulación de abogado especialista en Derecho de la insolvencia, son los preferidos por los órganos judiciales para nombrarles administradores, a la vista de que a principios de 2013 había 1446 abogados especialistas para toda Alemania, actuando ante 191 Tribunales de insolvencia para una población de casi 82 millones de habitantes.

⁴²⁸ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa”, en GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ (dir.) *“La liquidación concursal”*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 163.

⁴²⁹ O Código de bancarrota.

⁴³⁰ Puesto que el Derecho alemán prohíbe que las personas jurídicas puedan ser nombradas administradores concursales.

⁴³¹ NIETO DELGADO, C., *La reforma de la administración concursal: el modelo alemán (i)*, artículo publicado en “El economista.es” en fecha 26/08/14.

Más allá de estas exigencias, existen en Alemania varias asociaciones de Administradores concursales como el *Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands e.V.*, que cuenta con 464 miembros y que por vía de autorregulación se ha dotado de un catálogo de principios, un sistema de gestión de la calidad y una certificación ISO 9001 para sus integrantes.

En países como Reino Unido, Portugal o Francia, los aspirantes a formar parte del órgano han de contar con una formación previa y se les comete a pruebas específicas que garanticen su formación teórica y práctica. La superación de las mismas ya constituye una presunción sólida de su competencia y aptitudes para el desarrollo de la función, al tiempo que asegura una elevada especialización técnica en la gestión de las insolvencias.

En Reino Unido, los profesionales de la insolvencia son especialmente habilitados por el *Secretary of State* o por las asociaciones profesionales que están facultadas por el *Department of Trade and Industry* para proceder a su habilitación para el ejercicio de la profesión. Para alcanzar la condición de *Insolvency Practitioner*, se debe aprobar un examen nacional que se convoca una vez al año⁴³², y además se debe poseer una experiencia de 600 horas en los últimos tres años, con un mínimo de 150 anuales, además de someterse a los programas de formación continua en la materia diseñados por la organización a la que pertenezcan.

En Portugal también se exige a los aspirantes que superen un examen de admisión que avale los conocimientos en distintas materias jurídicas y económicas (especialmente en gestión de empresas) y de deontología profesional y los adquiridos durante el periodo de prácticas (seis meses).

También en Francia se requiere que los aspirantes a formar parte del cuerpo de administrador o mandatario judicial, aprueben un examen para acceder en primer lugar,

⁴³² El examen se elabora por el *Joint Insolvency Examination Board*, que está integrado por miembros relevantes de los distintos colegios profesionales o asociaciones en los que el *Department Of Trade Industry* ha delegado la potestad de poder acreditar como *Insolvency Practitioners* a las personas que reúnan los requisitos exigidos. El examen consta de tres partes, y cubre los distintos procedimientos concursales vigentes en el Reino Unido.

al curso formativo profesional, y, una vez éste ha sido superado y completado, deben aprobar un examen de aptitud para desarrollar las funciones del cargo, aunque pueden quedar dispensados del examen de acceso al curso formativo, aquellos profesionales que reúnan los requisitos de competencia y experiencia profesional fijados por el Consejo de Estado.

1. Tratamiento de la formación en los textos legales

En España, el anteproyecto de Ley Concursal de 1983⁴³³ establecía un modelo de administración concursal profesional, basado en una composición integrada por personas especialistas en la gestión de estados de crisis económica en materia concursal y dedicación exclusiva. Este modelo, aunque no concretaba el grado de profesionalización exigible, hasta un posterior desarrollo reglamentario, preveía un sistema unipersonal compuesto por administradores concursales que se integraban en un registro sito en el Ministerio de Justicia como titulares de una “organización profesional” adecuada para ejercer las funciones del cargo.

GARCIA-ROSTAN⁴³⁴ apuntó la posible viabilidad de crear un cuerpo funcional propio de alta cualificación para el desempeño de las labores de administración concursal. PACHECO GUEVARA⁴³⁵ se mostraba partidario de la creación de un cuerpo de funcionarios auditores forenses para la llevanza del concurso. SALVADOR TOMAS⁴³⁶, consideraba que el establecimiento de un modelo “público” en el que la administración concursal estuviera integrada en la estructura del personal de la Administración Pública, bien por funcionarios, bien por personal laboral al servicio público o, incluso, directamente por una empresa pública, lleva consigo indiscutibles ventajas: mayor especialización con pruebas objetivas de acceso, exclusividad en el ejercicio del cargo y

⁴³³ Artículos 36 y ss. del anteproyecto.

⁴³⁴ GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa», y GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ., “La liquidación concursal” (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 163.

⁴³⁵ PACHECO GUEVARA, R., “La administración concursal”, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 289, 292 y 294.

⁴³⁶ TOMÁS TOMÁS, S., “La profesionalización de la administración concursal en la Ley 17/2014, de 30 septiembre y su proyecto de reglamento”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Mayo 2015.

reducción de costes. Los inconvenientes, sin embargo, no son desdeñables: baja productividad ante la falta de estímulo y la atribución a un cuerpo público, o personal dependiente de la Administración Pública, de la tutela de un interés que se ha de regir por los parámetros del libre mercado y no por las consecuencias que la solución concursal pueda tener para la sociedad. La gestión por aquéllos de este tipo de situaciones puede conllevar una merma de su independencia cuyo único parámetro rector debe ser el interés del concurso⁴³⁷.”

1.1 Versión originaria

La Ley concursal en su redacción originaria de 2003, regula a la administración concursal conforme a un modelo totalmente muy diferente al actual, optando por un órgano colegiado en cuya composición se preveían tres modelos distintos de administración concursal en función de las características subjetivas del concursado⁴³⁸.

El artículo 27 de la Ley concursal, en su redacción original establecía, en primer lugar, el *modelo general* de administración concursal que se integra por un abogado, más una persona con formación técnica económica, y un acreedor titular de un crédito no garantizado⁴³⁹. Con este sistema se intentaba aumentar el nivel técnico del órgano y avanzar hacia el camino de la profesionalización, ya que con el jurista se cubren las competencias de naturaleza jurídica (elaboración de informes, convocatorias, redacción de actas, etc.) y al mismo tiempo se dispone de una persona capaz de realizar funciones de consultoría legal (elaboración de contratos, acciones de reintegración, etc.). El técnico económico aporta los conocimientos necesarios para la investigación en torno a las causas de la crisis empresarial, para la comprensión y el análisis de la contabilidad, o para todo aquello que implique labores de administración de la empresa insolvente (dirección y

⁴³⁷ Sobre dicho modelo -y otros- en profundidad, vid. TIRADO MARTÍ, *Los administradores concursales*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 371 y ss.

⁴³⁸ Exposición de motivos IV.

⁴³⁹ El artículo 27.1 de la Ley concursal establecía: “1. La administración concursal estará integrada por los siguientes miembros: 1.º Un abogado con experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo. 2.º Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con una experiencia profesional de, al menos, cinco años de ejercicio efectivo. 3.º Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general, que no esté garantizado. El juez procederá al nombramiento tan pronto como le conste la existencia de acreedores en quienes concurran esas condiciones”.

supervisión del personal, posibilidades de viabilidad etc.) Y el acreedor cumple esencialmente una labor de control de las decisiones de los dos miembros técnicos que se explica por la falta de previsión de un comité de acreedores⁴⁴⁰.

En segundo lugar, establecía un *modelo excepcional* que contemplaba la intervención en el órgano de determinados organismos públicos cuando se produzcan la insolvencia del deudor que opera en sectores de especial trascendencia pública⁴⁴¹.

Tal excepción se daba en dos casos, a saber: a) en el caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos 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, en lugar del economista, auditor o titulado mercantil, debía ser nombrado administrador concursal personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta de similar cualificación; b) y en el caso de que el acreedor designado administrador concursal sea una Administración pública o una entidad de Derecho público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas.

Las causas de la excepción a la norma general son dos: la extraordinaria complejidad del concurso, que, por el servicio que presta el deudor, afecta a los intereses de un gran

⁴⁴⁰ TIRADO, I., “Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.” En ROJO-BELTRAN, *Comentario de la Ley concursal*, Civitas Ediciones, Madrid, 2008, p. 574.

⁴⁴¹ Artículo 27.2 de la Ley concursal establecía: “1.º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos 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, en lugar del economista, auditor o titulado mercantil, será nombrado administrador concursal personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta de similar cualificación, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla. El abogado y el miembro de la administración concursal representante del acreedor serán nombrados por el juez a propuesta del fondo de garantía al que esté adherida la entidad o quien haya asumido la cobertura propia del sistema de indemnización de inversores. 2.º En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora será nombrado en lugar del acreedor el fondo de garantía de depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente, quienes deberán comunicar al juez de inmediato la identidad de la persona natural que haya de representarlos en el ejercicio del cargo. Por lo que se refiere a la designación del administrador abogado y al auditor, economista o titulado mercantil, el juez los nombrará de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros”.

número de personas, y la trascendencia pública de la crisis, que, lejos de ser un asunto entre privados, puede afectar a todo el sistema económico creando una incertidumbre perjudicial para el mercado⁴⁴².

En tercer lugar, se establecía una excepción según el *tamaño de la empresa*, así cuando el concurso se desarrolle según las especialidades del procedimiento concursal abreviado (arts. 190 y 191 de la Ley concursal), lo que se produce siempre que la empresa tenga un tamaño -relativamente- pequeño⁴⁴³, el órgano de administración *podía* estar integrado por un solo miembro, que debería ser un técnico jurídico o económico con una experiencia mínima de cinco años.

No se exigía más formación que la de ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con cinco años de ejercicio. En el caso de los abogados, ni tan quisiera se especificaba cual era la materia del ejercicio profesional (civil, mercantil, penal, matrimonial, laboral, administrativo, etc.). Si el acreedor designado era una administración pública o entidad de Derecho público, se exoneraba al licenciado del requisito de los cinco años de ejercicio efectivo; y en el caso de personal técnico de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, no se requería que fuese licenciado.

Esta falta de concreción en la formación que debía tener la persona que quisiera ser nombrada administrador concursal, provocó que muchos abogados que se habían dedicado a ejercer la profesión en ramas tan alejadas del Derecho mercantil o concursal, como pueden ser la penal, la matrimonial o la contencioso-administrativa fuesen nombrados administradores, y al igual ocurría con diversos economistas o titulados mercantiles, cuya actividad profesional solo había consistido en tener abierta una gestoría para tramitar documentos, todo lo cual conducía a que el resultado final de su trabajo no fuese lo eficiente que debería haber sido.

⁴⁴² TIRADO, “*Condiciones subjetivas* ”, p. 580.

⁴⁴³ Que reúna las condiciones necesarias para presentar balance abreviado (v. artículos 152 Código de Comercio, y 257 Ley de Sociedades de Capital) o que se prevea un pasivo inferior a un millón de euros.

Siendo consciente el legislador de la falta de conocimientos y experiencia en materia concursal de muchos profesionales, y a la vista de la corta, pero intensa experiencia en la aplicación de la Ley concursal, el legislador español consideró oportuno corregir errores de enfoque detectados en la práctica, así como llenar ciertas lagunas de la Ley concursal, procediendo a su reforma mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que puede considerarse como global, pues introdujo una serie de importantes modificaciones⁴⁴⁴.

1.2 Ley 38/2011, de 10 de octubre

Teniendo en cuenta la importancia del papel que desempeñan los administradores concursales, y buscando una mayor profesionalización, con la aprobación de la Ley 38/2011, el legislador español potenció sus funciones y reforzó los requisitos para ser nombrado administrador concursal, exigiendo a los abogados acreditación de *formación especializada en Derecho Concursal*, y a los profesionales de la rama económica, *especialización demostrable en el ámbito concursal*⁴⁴⁵.

Con la Ley 38/2011 se pasó de una administración concursal trimembre en los concursos ordinarios a una administración concursal integrada por un único miembro, se introdujo la posibilidad de designar administrador concursal a las personas jurídicas, y se exige a los profesionales, no sólo experiencia profesional de, al menos cinco años de ejercicio efectivo, sino formación especializada en Derecho concursal.

⁴⁴⁴ Se profundizó en las alternativas al concurso, y en los institutos preconcursales; se ocupó de la comunicación formal de que se están iniciando negociaciones con los acreedores; estableció la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación; se introdujo el privilegio del “dinero nuevo”; se simplificó y agilizó el procedimiento concursal, favoreciendo la anticipación de la liquidación, impulsando y regulando un verdadero procedimiento abreviado, ofreciendo soluciones específicas en la fase común y en el convenio; se estructuró de manera distinta la apertura de la fase de liquidación del concurso; se detuvo en la regulación de un verdadero concurso abreviado, ofreciendo soluciones más rápidas y económicas;

⁴⁴⁵ La Ley 38/2011, dio nueva redacción al artículo 27 de la Ley concursal, según la cual: “La administración concursal estará integrada por un único miembro, que deberá reunir alguna de las siguientes condiciones: 1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal. 2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal”.

Con la reforma, el personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que puede ser designado en los concursos, pasa de tener una *similar cualificación* a exigírsele la misma cualificación que a los economistas, titulados mercantiles o auditores de cuentas, es decir, cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal⁴⁴⁶.

Por el contrario, añade la posibilidad de que solo tenga título de graduado el funcionario que represente a una Administración pública o una entidad de Derecho público vinculada o dependiente de ella, que haya sido designada administrador concursal, rebajando así la exigencia anterior de permitir solo a licenciados (art. 27.2. “in fine”).

El cambio que realiza la Ley 38/2011 de un órgano trimembre por otro unipersonal tiene una repercusión clara en el funcionamiento de la administración, en su toma de decisiones, así como el ahorro de costes que comportará. Con esta decisión la administración concursal adopta el modelo extendido en todos los países de nuestro entorno económico y que resulta el más adecuado al sistema de funcionamiento y organización de los profesionales que se dedican a esta función, evitando las distorsiones que se vienen detectando hasta ahora, derivadas en muchas ocasiones de la desigual participación de los diferentes miembros de la administración concursal⁴⁴⁷.

También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal⁴⁴⁸.”

⁴⁴⁶ El artículo 27.2 de la Ley concursal pasó a tener la siguiente redacción: “*Como excepción a lo dispuesto en el apartado 1: 1.º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos 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, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del número 2.º del apartado anterior, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla*”.

⁴⁴⁷ Exposición de motivos VII de la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

⁴⁴⁸ Considera la Exposición de Motivos VII de la Ley 38/2011, que el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional,

La adopción del cambio a un administrador concursal único, así como la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser designadas administradores concursales, se combinan, no obstante, con la previsión de que en los concursos de especial transcendencia, que la Ley definía⁴⁴⁹, tenga también presencia un acreedor significativo, condición que puede ostentar también la representación de los trabajadores, a lo que se añade la posibilidad de designar en calidad de acreedor a una Administración en cualquier supuesto en que concurra una causa de interés público⁴⁵⁰.

No se exige más formación que la de ser abogado, auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con cinco años de experiencia profesional o especialización demostrable en Derecho Concursal. Estas características pueden resultar muy ambiguas y escasas para un correcto ejercicio del cargo.

GILO GÓMEZ⁴⁵¹ ha analizado entre otros, el requisito de la experiencia, y la dificultad de acreditar la misma de manera fehaciente. Respecto al primero de los requisitos -la experiencia- el encargado de acreditar la misma es el respectivo colegio al que el profesional pertenezca (en el caso de los Letrados son los Colegios de Abogados). De esta forma se exige a los colegios que certifiquen un dato que desconocen: la experiencia profesional. Y es que acreditar este extremo resulta del todo imposible, ya

favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia.

⁴⁴⁹ La Ley 38/2011, de 10 de octubre, introdujo el artículo 27 bis, hoy derogado, por el que se consideraban concursos de especial transcendencia a efectos de nombramiento de administrador concursal, aquellos en los que concurra uno de los siguientes supuestos: 1. Que la cifra de negocio anual del concursado haya sido de cien millones de euros o superior en cualquiera de los tres ejercicios anteriores a aquél en que sea declarado el concurso. 2. Que el importe de la masa pasiva declarada por el concursado sea superior a cien millones de euros. 3. Que el número de acreedores manifestado por el concursado sea superior a mil. 4. Que el número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en alguno de los tres ejercicios anteriores a la declaración del concurso.

⁴⁵⁰ Así, el artículo 27 de la Ley concursal, establece como excepción a lo dispuesto en el apartado 1, que “1.º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos 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, será nombrado administrador concursal un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta con la cualificación del número 2.º del apartado anterior, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla. 2.º En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, el juez nombrará al administrador concursal de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros.”

⁴⁵¹ GILO GÓMEZ, C., “La relevancia de la intervención letrada en un concurso de acreedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2020, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

que los colegios desconocen datos como los conocimientos que posee un determinado profesional o el número de intervenciones en procedimientos judiciales. Lo único que puede hacer un colegio es certificar los años de pertenencia al mismo de un determinado profesional, sin que ello pueda significar de forma inmediata que esa antigüedad equivalga a experiencia. El problema es que se está confundiendo antigüedad con experiencia y son términos que no son siempre sinónimos, ya que nada impide que el profesional colegiado nunca haya ejercido como abogado, a pesar de abonar en tiempo y forma sus cuotas.

CASANELLAS BASSOLS⁴⁵², ha destacado, además, que cinco años de experiencia no implican que sea en cuestiones concursales, por lo que no verifica ningún conocimiento específico. Si bien puede parecer que los años de experiencia suponen una mayor profesionalización del órgano, ello no tiene por qué ser siempre así, puesto que la experiencia adquirida en estos cinco años pudo haberlo sido en actividades totalmente extrañas a la administración concursal⁴⁵³.

Esto implica que, cualquier abogado o economista con más de 5 años de experiencia, y formación “*especializada*” puede ser administrador concursal. No importa cuanto haya ejercido, basta con que lo haya hecho y que no se haya mantenido inactivo parte de este tiempo por la Ley. Nadie sabe cuánta formación o con cuanta profundidad o tiempo se considera necesaria para tener por cumplido el requisito legal, y nadie lo sabe porque la única manera de saberlo es mediante una titulación o certificado que acredite haber cursado cursillos o asignaturas propias de materia concursal⁴⁵⁴.

En este sentido, se debe prestar atención y cuidado, puesto que es muy complicado definir con rigor “*especialización*”, ya que en la norma no se detalla con que continuidad o intensidad debe contar esta formación o especialización. En lo que respecta a los abogados, el artículo 27 de la Ley concursal, debe conectarse con la Ley 34/2006, de 30

⁴⁵² CASANELLAS BASSOLS, R., “La administración concursal persona jurídica”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3/2012, editorial Civitas, Pamplona, 2014

⁴⁵³ Destacamos, por ejemplo, que Real Decreto 871/1977, de 26 de abril, por el que se aprueba el Estatuto Profesional de Economistas y de Profesores y Peritos Mercantiles encomienda al economista funciones tan diversas como la realización de estudios macroeconómicos, la docencia y la selección de personal.

⁴⁵⁴ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., “*Comentarios a la Ley concursal*”, DIJUSA, 2003, p. 348

de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales, y en particular con su artículo 6, que desarrolla que se entiende por formación especializada, y en el que se incluye un apartado de experiencia práctica⁴⁵⁵.

En el segundo grupo de economistas, auditores y titulares mercantiles aparece con una redacción diferente, y aquí se habla de los cinco años de experiencia profesional y *especialización demostrable* en el ámbito concursal. La razón de esta distinción puede estar, en que, en el Estatuto jurídico de la abogacía, exige una práctica profesional que el resto de las profesiones y titulaciones no tienen, aunque a entender de PONS ALBENTOSA⁴⁵⁶ resulta difícil de entender ya que tampoco el portavoz parlamentario de CiU⁴⁵⁷ fue más allá de la nominalidad descrita.

En cualquiera de los casos, el sujeto debe cumplir con los requisitos subjetivos exigidos en el momento del nombramiento. Así, el abogado o el técnico económico deberán tener la condición de tales y estar colegiados en el momento en que resulten nombrados. Ante la concisión y claridad de la dicción literal no existe base suficiente para exigir la inmediatez en el requisito de la experiencia: no es necesario que el abogado o economista hayan estado ejerciendo efectivamente la profesión -como mínimo- los cinco años anteriores al momento de la elección. Esta interpretación abre al acceso a la administración a las personas que lleven tiempo inactivas, con los inconvenientes que, sin duda, ella conlleva⁴⁵⁸.

Existen otras excepciones, como en caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, en los que deberá ser nombrado un miembro del personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de valores que sea economista o auditor con más de 5 años de experiencia

⁴⁵⁵ Las prácticas externas en actividades propias del ejercicio de la abogacía deben constituir la mitad del contenido formativo de los cursos a que se refieren los artículos 1 al 5 de la Ley 34/2006, quedando como parte integrante de los mismos. Las prácticas deben realizarse bajo la tutela de un abogado. Los tutores serán abogados con un ejercicio profesional superior a cinco años.

⁴⁵⁶ PONS ALBENTOSA, I., “La administración concursal” en PRENDES-MUÑOZ, *Tratado Concursal de la Insolvencia*, primera Edición 2012, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, p. 707.

⁴⁵⁷ Proponente de la redacción en la enmienda 2 en fase de Senado.

⁴⁵⁸ TIRADO, I., “Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales.” en ROJO-BELTRAN, *Comentario de la Ley concursal*, Civitas Ediciones, Madrid, 2008, p. 575.

y especialización concursal. En este sentido, la ambigüedad de la norma no detalla con claridad los términos, sin embargo, su cumplimiento es de carácter obligatorio, debiendo recaer el nombramiento en una persona natural, que debe cumplir los requisitos de titulación y experiencia exigidos por la misma, por lo que el ejercicio efectivo de la función de administrador concursal se limita a las personas naturales que sean abogados, economistas o auditores de cuentas⁴⁵⁹.

La nula regulación de la formación que debe requerirse a los administradores dicta mucho de lo que debiera ser una formación que garantice que los servicios se prestan de forma eficaz, imparcial, independiente y competente en relación con las partes, por lo que resultaba absolutamente necesario modificar la Ley concursal.

GONZALEZ NAVARRO⁴⁶⁰ consideraba que un acceso indiscriminado a las listas puestas a disposición de los jueces de lo mercantil no aseguraba verdaderamente la formación del profesional encargado del concurso, ni su sensibilidad empresarial, por lo que era necesaria la reforma de la Ley.

1.3 Ley 17/2014, de 30 de septiembre

En el contexto indicado, la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial⁴⁶¹, introdujo varios cambios en el Título II de la Ley Concursal, que regula el régimen de la administración concursal.

En primer lugar, se establecían las directrices que deberán guiar el nuevo sistema de requisitos para ejercer como administrador concursal y que tiene como objetivo asegurar que las personas que desempeñen las funciones de administrador concursal cuenten con

⁴⁵⁹ Sentencia 72/2020, de 27 de enero del TSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª.

⁴⁶⁰ GONZALEZ NAVARRO, B., “Una tregua para la administración concursal”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, Año 2015, revistalexmercatoria.umh.es, p. 43

⁴⁶¹ Que suponía la confirmación del Real Decreto-Ley 4/2014 y sus medidas en materia de Derecho Preconcursal, pero fue aprovechada por el Gobierno para introducir importantes modificaciones atinentes a la administración concursal.

las aptitudes y conocimientos suficientes. En este ámbito, destacaba como novedad la posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos y la creación de una sección cuarta de administradores concursales y auxiliares delegados en el Registro Público Concursal, donde deberán inscribirse todas las personas físicas y jurídicas que cumplan con los requisitos que se exijan, especificando el ámbito territorial en el que estén dispuestas a ejercer sus labores de administración concursal⁴⁶².

De otro lado, se reforma el sistema de designación de la administración concursal, cuyo funcionamiento será desarrollado en virtud de reglamento, «deslegalizándose» por tanto su regulación. En este ámbito, la Sección Cuarta del Registro Público Concursal debía sustituir a las actuales listas en los decanatos de los juzgados, estructurándose la designación de la administración concursal sobre la base de la clasificación de los concursos en función de su tamaño, con el fin de modular, sobre la base de este elemento, los requisitos exigidos a la administración concursal, sistematizándose las funciones atribuidas a la administración concursal en función de cada tipo de procedimiento y la concreta fase concursal a la que resulten de aplicación⁴⁶³.

1.4 Texto Refundido de la Ley concursal

No obstante, la efectividad de estas modificaciones quedó pendiente de un desarrollo reglamentario que debía haberse aprobado a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses (Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014).

⁴⁶² La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, da nueva redacción al artículo 27 de la Ley Concursal, disponiendo que: *“1. La administración concursal estará integrada por un único miembro. 2. Únicamente podrán ser designadas las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en la sección cuarta del Registro Público Concursal y que hayan declarado su disposición a ejercer las labores de administrador concursal en el ámbito de competencia territorial del juzgado del concurso. 3. Podrán inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal las personas físicas o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Dichos requisitos podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos. Se podrán exigir requisitos específicos para ejercer como administrador concursal en concursos de tamaño medio y gran tamaño.”*

⁴⁶³ PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, Diario La Ley (7151/2014), núm. 8391, Sección Doctrina, 3 de octubre de 2014, Año XXXV, Editorial LA LEY 7151/2014.

Como el Reglamento no se aprobaba, el legislador aprovechó la Disposición Final 3ª de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de secretos empresariales⁴⁶⁴, para habilitar nuevamente al gobierno para que en el plazo de 8 meses elaborase y aprobase un texto refundido de la Ley concursal.

No obstante, no haber sido desarrollada reglamentariamente la Ley 17/2014, el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, aprobó el texto refundido de la Ley concursal, con entrada en vigor el 1 de septiembre de 2020, que tampoco arroja nueva luz a la formación requerida para ser nombrado administrador concursal, dejando su regulación para el momento en que se apruebe el desarrollo reglamentario a que se hace referencia en la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, es decir, que el legislador se vuelve a remitir de nuevo al futuro desarrollo reglamentario de la Ley, para abordar la ansiada reforma de la formación, nombramiento y retribución de la administración concursal.

Por esta circunstancia, la Disposición transitoria única⁴⁶⁵ del Texto refundido, mantiene la vigencia del artículo 27 de la Ley Concursal, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 20 de octubre, hasta que se apruebe el reglamento a que hace referencia la Disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, que ha sido objeto de comentario en este mismo apartado, por lo que la falta de desarrollo reglamentario impide la aplicación de las modificaciones introducidas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (que son las que armoniza, regulariza y aclara el texto refundido de la Ley Concursal, aunque su entrada en vigor no pueda producirse hasta que se lleve a cabo su desarrollo). El mero dato de que ese desarrollo no se haya producido ya da idea de las dificultades que concurren⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Que entró en vigor el día 13 de mayo de 2019.

⁴⁶⁵ La Disposición Transitoria única del Real decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo, establece que: “1. El contenido de los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 todos ellos inclusive, de este texto refundido, que corresponda a las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha Ley. Entre tanto permanecerán en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre”.

⁴⁶⁶ CAMPUZANO, B., “La administración concursal”, GPS Concursal, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, p. 334.

Hasta que se apruebe el reglamento, el artículo 60 del Texto Refundido mantiene que la administración concursal esté compuesta por un solo miembro, incluso en supuestos de concursos conexos, en los que el juez competente para la tramitación puede nombrar, en la medida en que ello le resulte posible, una administración concursal única designando auxiliares delegado, precisándose que, en el caso de acumulación de concursos ya declarados, el nombramiento podrá recaer en una de las administraciones concursales ya existentes (arts. 58 y 59 TRLC).

Las condiciones subjetivas para el nombramiento, son las establecidas en la Ley 38/2011, de 10 de octubre, es decir un profesional jurídico o económico con cinco años de experiencia profesional, especializados en insolvencia, lo que han de demostrar o acreditar; así como las personas jurídicas integradas por dichas profesionales, estableciendo el art. 60 TRLC como requisito imprescindible, el carácter obligatorio de la inscripción en el Registro Público Concursal, lo que supone el punto de encaje entre las normas que disciplinan el nombramiento y estatuto de la administración concursal, con el funcionamiento del Registro Público Concursal, regulado en los arts. 560 a 566 TRLC y el aún vigente Real decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal⁴⁶⁷.

En cuanto a los requisitos para inscribirse en el Registro Público Concursal, el artículo 61 TRLC vuelve a remitir a un futuro desarrollo reglamentario de la Ley, pudiendo referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos⁴⁶⁸. Y los preceptos dedicados al Registro Público Concursal nada más aportan a la formación de los administradores, por cuanto se remiten también a un futuro desarrollo reglamentario⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷ OLMEDO PERALTA, E., “Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley Concursal” en PEINADO-SANJUAN, editorial Jurídica Sepin, Madrid 2020, p. 456.

⁴⁶⁸ El Artículo 61.1 TRLC dispone que: “Solo podrán solicitar la inscripción en el Registro público concursal las personas naturales o jurídicas que cumplan los requisitos que se determinen reglamentariamente. Esos requisitos podrán referirse a la titulación requerida, a la experiencia a acreditar y a la realización o superación de pruebas o cursos específicos.”

⁴⁶⁹ Artículo 560.3 TRLC: “Reglamentariamente se desarrollarán la estructura, el contenido y el sistema de publicidad a través de este registro y los procedimientos de inserción y de acceso”. Artículo 561.4: “En la sección cuarta, de administradores concursales y auxiliares delegados, se inscribirán, ordenadas

2. Propuesta de Estatuto de la administración concursal

De forma interina, y hasta que los mencionados desarrollos reglamentarios de la Ley se aprueben, deberemos tener en cuenta el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal, aprobado por el Ministerio de Economía y Competitividad, el 15 de julio de 2015⁴⁷⁰, y alejarnos de opiniones voluntaristas como la interpretación del Registro de Economistas Forenses del Consejo General de Economistas, que, orientativamente, considera suficiente para acreditar la formación especializada en Derecho concursal, haber dedicado 30 horas a la misma, o 20 horas a la continuada⁴⁷¹, o como la del Colegio de Abogados de Córdoba⁴⁷² que considera suficiente acreditar haber realizado cursos especializados de una duración mínima de 6 horas en conjunto.

Dado el tiempo transcurrido, no se justifica que el desarrollo de la administración concursal continúe pendiente; la relevancia y complejidad de las funciones que desarrollan estos profesionales deben desarrollarse en un marco jurídico seguro de acceso y permanencia⁴⁷³.

2.1 Requisitos de acceso.

La concreción del artículo 61 TRLC ha de buscarse nuevamente en el desarrollo, aun no concretado, del Estatuto de la Administración Concursal, por lo que considero las reglas que, a forma de propuesta, se disponen en el Proyecto de Estatuto, que se centra en la regulación de los requisitos de acceso para poder ser designado administrador

alfabéticamente por orden de apellidos, si fueran personas naturales, y por denominación, si no lo fueran, las personas naturales y jurídicas que, cumpliendo los requisitos legales y reglamentarios para poder ser nombradas como administrador concursal y auxiliares delegados, hayan solicitado la inscripción en este Registro manifestando la voluntad de ejercer como administrador concursal o auxiliar delegado”.

⁴⁷⁰ Con antecedente en otro texto de fecha 23 de marzo de 2015, elaborado dentro del plazo de seis meses fijado en la Disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014.

⁴⁷¹ Disponible en “https://refor.economistas.es/cust_consultas/requisitos-que-hay-que-cumplir-para-ser-administrador-concursal/.”

⁴⁷² Disponible en “<https://www.icacordoba.com/?c=dE13MDAwMDAyNjk=>.”

⁴⁷³ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “*La administración concursal*”, GPS Concursal, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2020, p. 335.

concursal⁴⁷⁴, persiguiendo el objetivo de mejorar la eficiencia del sistema concursal a través de la profesionalización de la administración concursal, lo que resulta concordante con los presupuestos de la Directiva 2019/1023.

Por lo que se refiere a los requisitos de acceso el artículo 3 del Proyecto de Estatuto, mantiene el sistema actual, pero abre la puerta a que otros profesionales distintos a los abogados, economistas, auditores o titulados mercantiles puedan ser designados administradores, puesto que exige⁴⁷⁵ “haber superado el examen de aptitud profesional” al que se refiere el artículo 4, que tiene por finalidad comprobar de manera objetiva los conocimientos de los candidatos y su capacidad para aplicarlos al desempeño de las funciones de la administración concursal⁴⁷⁶.

A diferencia del contenido del Proyecto de Estatuto de 11 de mayo de 2015, el proyecto de fecha 15 de julio de 2015, no exige que los administradores concursales debieran acreditar una formación especializada *inicial* en Derecho concursal, *recibida en centros o instituciones de formación de prestigio en este ámbito*, sino que el requisito básico para el ejercicio de la administración concursal pasa a ser el examen de aptitud profesional, cuya realización se encomienda a los Consejos Generales de la Abogacía Española y de Colegios de Economistas y Titulados Mercantiles, así como al Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España. Este examen cumplirá una función de garantía de la competencia, homogeneización de los requisitos de entrada y especialización de los administradores concursales, así como de profesionalización de esta actividad⁴⁷⁷.

El examen constituirá en una prueba escrita objetiva debiendo responder el candidato a un máximo de 100 preguntas planteadas en relación con un supuesto práctico referido

⁴⁷⁴ Además de en la designación en función del tamaño de los concursos y el nuevo régimen de retribución.

⁴⁷⁵ En la letra c) del citado artículo 3

⁴⁷⁶ En el mismo sentido, la exposición de Motivos III del Proyecto de Estatuto.

⁴⁷⁷ Observamos en este sentido que la legislación española sigue a la alemana, en donde su Ley de insolvencia no establece los requisitos necesarios para ser administrador, pero dicha omisión la subsana la implantación de la titulación profesional de abogado especialista en Derecho de la insolvencia (Fachanwalt für Insolvenzrecht), otorgada por un órgano que equivaldría a nuestro Consejo General de la Abogacía. Para obtener el título es necesario superar una serie de exámenes jurídico-económicos.

a un concurso de tamaño medio o grande⁴⁷⁸ y constará de dos partes: a) una general, que será común a todos los aspirantes y que ponderará un 60 por ciento en la calificación final del examen; y b) una específica, que comprobará los conocimientos en la especialidad jurídica o económica elegida y que ponderará un 40 por ciento en la calificación final del examen. De la especialidad jurídica únicamente podrán examinarse los candidatos que tengan la condición de abogados.

La regla general es que todos los que deseen el ejercicio profesional, deberán aprobar el examen y, tras ello, por sí o incorporados a una sociedad podrán solicitar la inscripción registral, lo que les otorgará el Derecho a ser designado secuencialmente en los concursos de pequeño tamaño.

Como excepción a la regla general de aprobar un examen, la Disposición Transitoria Única del proyecto de Estatuto prevé que quienes hubieren sido designados en, al menos, tres concursos podrán seguir siendo designados como administradores concursales, siendo inscritos provisionalmente en la sección cuarta del Registro Público Concursal, pero deberán superar el examen de aptitud profesional en un plazo máximo de tres años. Considero que no es acertada la previsión legal de establecer el plazo en años, habiendo sido más correcto, hablar de tres convocatorias⁴⁷⁹.

Aquellos que al tiempo de la entrada en vigor del reglamento no tengan designaciones previas, o tengan una o dos, necesariamente deberán hacer el examen para tener acceso definitivo al registro para concursos de pequeño tamaño; por lo que conservarán las

⁴⁷⁸ El Proyecto de Estatuto considera concurso de tamaño medio aquel en el que concurran al menos tres de los siguientes requisitos: a) que el número de los trabajadores se sitúe entre los 10 y 49; b) que la lista de acreedores presentada por el deudor incluya entre 50 y 100 trabajadores; c) que la estimación inicial del pasivo sea superior a 2 millones de euros e inferior a 20; d) que la valoración inicial de los bienes y Derechos sea superior a 2 millones de euros e inferior a 20; e) que la cifra anual de negocios sea superior a 2 millones de euros inferior a 10 millones de euros en el momento de la declaración del concurso. Y para considerar un concurso de gran tamaño, deben concurrir tres de los cinco siguientes requisitos: a) que el número de los trabajadores sea igual o superior a 50; b) que la lista de acreedores presentada por el deudor incluya a más de 100 trabajadores; c) que la estimación inicial del pasivo sea igual o superior a 20 millones de euros; d) que la valoración inicial de los bienes y Derechos sea igual o superior a 20 millones de euros; e) que la cifra anual de negocios sea igual o superior a 10 millones de euros en el momento de la declaración del concurso.

⁴⁷⁹ Esa es la opinión de VAQUER MARTIN, en la conferencia pronunciada en Vitoria el día 9 de junio de 2017, en el seno de las VI jornadas concursales organizadas en Vitoria, por el despacho Zubizarreta.

designaciones sin poder entenderse que se encuentran en causa de inhabilidad al no estar incorporados a nuevas listas, no pudiendo ser nuevamente designados en tanto no superen el examen. Y aquellos que en dicho momento tengan tres o más designaciones previas, podrán solicitar una inscripción provisional en el listado de concursos de pequeño tamaño, a partir de lo cual dispondrán de tres convocatorias para aprobar el examen, en cuanto pasado dicho plazo sin aprobar, será excluido de las listas⁴⁸⁰.

La Disposición Transitoria Única también dispone como régimen transitorio que no se exigirá la superación del examen de aptitud profesional a aquellos administradores concursales que acrediten haber sido designados en, al menos, 20 concursos ya concluidos. Si al menos 10 de esos concursos hubieran sido ordinarios, el administrador concursal podrá incorporarse al listado de administradores concursales de concursos de gran tamaño siempre que se cuente con un equipo multidisciplinar compuesto, al menos, por 10 profesionales con experiencia en los ámbitos jurídico y económico o en gestión y administración de empresas. Y si fueran al menos 5, al listado de administradores concursales de concursos medianos.

De la fijación de los criterios de calificación y de las bases del examen se encargará un comité examinador que estará integrado por un juez de lo mercantil designado por el Consejo General del Poder Judicial, que será el presidente del comité examinador; un profesor o un catedrático de Derecho mercantil designado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación; un abogado designado a propuesta del Consejo General de la Abogacía Española; un economista designado a propuesta del Consejo General de Economistas; y un auditor designado a propuesta del Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España.

El artículo 5 del Proyecto de Estatuto dispone la organización que seguirá dicho examen de aptitud profesional, previéndose que, con anterioridad al 15 de febrero de cada año, se conformará la comisión examinadora a partir de la solicitud por el Ministerio de

⁴⁸⁰ VAQUER MARTIN, F.J., “Sobre la designación de la administración concursal. La conclusión y la rendición de cuentas”. *El concurso y la conservación de la empresa*, VI Jornadas concursales, 8 y 9 de junio de 2017, Vitoria Gasteiz, Thomson Reuters Aranzadi, capítulo 9, p. 160.

Justicia de las propuestas de miembros a los órganos correspondientes. Esta comisión se constituirá ante el director general de Relaciones con la Administración de Justicia y se iniciará el proceso para la celebración del examen.

El comité examinador velará por el cumplimiento de los plazos establecidos, la calidad del examen y su propia independencia, aprobando las bases reguladoras del examen, incluidos los criterios de calificación, y su convocatoria, siendo también los encargados de la corrección y calificación del examen, así como de la solución de las incidencias que puedan plantearse. La convocatoria será transparente y se le dará la publicidad necesaria⁴⁸¹.

Considero relevante mencionar que el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, exige a los Auditores para acceder a la profesión haber recibido enseñanza tanto teórica como práctica; haber superado una prueba de aptitud⁴⁸²; y mantener una formación continuada⁴⁸³.

Los programas de enseñanza teórica deben ser organizados e impartidos por las Universidades y las corporaciones de Derecho público representativas de auditores de

⁴⁸¹ La convocatoria por la que se designen a los miembros del comité, se publicará en la página web del Ministerio de Justicia y de las instituciones u organizaciones a las que corresponde la proposición de sus miembros. El examen se convocará con una antelación mínima de dos meses a su realización, sin que en ningún caso pueda contener limitación del número de plazas.

⁴⁸² Según dispone el artículo 29 del Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, “*el examen de aptitud profesional irá encaminado a la comprobación rigurosa de la capacitación del candidato para el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas, y constará de dos fases: a) En la primera fase se comprobará el nivel de conocimientos teóricos alcanzados respecto de las materias a que se refiere el artículo 9.2.c) de la Ley 22/2015, de 20 de julio; b) En la segunda fase, a la que solo podrán acceder quienes hubieran superado la primera fase del examen, se determinará la capacidad de aplicar los conocimientos teóricos a la práctica de la actividad de auditoría de cuentas*”. También prevé que “*quienes posean un título universitario oficial y con validez en todo el territorio nacional, quedarán dispensados de los programas de enseñanza teórica y de la primera fase del examen, en aquellas materias que hayan superado en los estudios requeridos para la obtención de dichos títulos*”.

⁴⁸³ El artículo 33 del Real Decreto 2/21, de 12 de enero, establece que los auditores “*deberán realizar actividades de formación continuada por un tiempo equivalente, al menos, a ciento veinte horas en un periodo de tres años, con un mínimo de treinta horas anuales.*” “*Las horas de formación realizadas por el auditor de cuentas que excedan de las mínimas exigidas correspondientes a un periodo trienal, podrán computarse como formación en el primer periodo anual siguiente. El máximo de horas que a este respecto podrá computarse será de quince horas, sin perjuicio de que el auditor deba realizar, igualmente, las horas de carácter mínimo exigidas para dicho periodo anual*”.

cuentas, así como por centros de educación superior acreditados por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación u organismo equivalente del ámbito autonómico y reconocidos por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. En todo caso, los programas deberán estar homologados, previamente, por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas⁴⁸⁴.

A los efectos de considerar cumplido el requisito relativo al seguimiento de los programas de enseñanza teórica, los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el artículo 9.4 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, deberán acreditar la superación de las pruebas selectivas correspondientes, así como que los conocimientos requeridos para dicha superación incluyen suficientemente las materias relacionadas en el artículo 9.2.c) de la Ley 22/2015, de 20 de julio.

Considero conveniente también indicar que el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Auditoría de Cuentas establece las actividades que pueden realizarse para que sean consideradas formación continuada⁴⁸⁵, así como quienes pueden organizarlas⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Artículo 27 del Real Decreto 2/2021, de 12 de enero.

⁴⁸⁵ Que consisten en la realización de las siguientes actividades: “1. a) Participación en cursos, seminarios, conferencias, congresos, jornadas o encuentros, como ponentes o asistentes; b) Realización de cursos de autoestudio, bien sea a través de medios electrónicos o de otro tipo, siempre que el organizador del curso haya establecido el adecuado control que garantice su realización, aprovechamiento y superación; c) Realización de actividades docentes en Universidades a que se refiere la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades y en cursos de formación de auditores reconocidos por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas; d) Realización de estudios de especialización que lleven a la obtención de un título expedido por una Universidad, de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre; e) Participación en comités, comisiones o grupos de trabajo, cuyo objeto esté relacionado con la elaboración e interpretación de los principios, normas y prácticas contables y de auditoría de cuentas; f) Publicación de libros, artículos u otros documentos sobre temas relativos a las materias básicas que constituyen el núcleo de conocimientos del auditor; g) Participación en tribunales de examen o en pruebas de aptitud que se deban superar para acceder a la condición de auditor de cuentas. 2. Al menos veinte horas de formación continuada en un año y ochenta y cinco horas en el periodo de tres años deben realizarse en materias relativas a contabilidad y auditoría de cuentas”.

⁴⁸⁶ Las actividades incluidas en las letras a), b) y c) del apartado 1 transcrito en la Nota anterior, serán organizadas, y en su caso impartidas, por las corporaciones de Derecho público representativas de auditores de cuentas o por Universidades. Asimismo, podrán ser organizadas por: a) Centros de educación superior acreditados por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación u organismo equivalente del ámbito autonómico; b) Sociedades de auditoría, agrupaciones de sociedades de auditoría, grupos de auditores individuales ejercientes o centros de formación que organicen cursos y actividades formativas sobre las materias a las que se refiere el artículo 9.2 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, reconocidos por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas. Estas entidades, a efectos de solicitar el reconocimiento del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, deberán mantener en todo momento un número suficiente y adecuado de auditores en situación de ejercientes. A estos efectos, se entiende por agrupaciones de sociedades de auditoría y grupos de auditores la unión mediante un acuerdo

2.2 Propuesta personal

Ante la falta de regulación, teniendo en cuenta la Directiva 2019/1023, y que el proyecto de Estatuto de julio de 2015 suprime la obligación de la formación continua que el texto de 11 de mayo de 2015 establecía en 25 horas lectivas al año, y también suprime la exención de realización del examen de acceso a la profesión a aquellos administradores que acreditasen tener, al menos 20 puntos con arreglo a un determinado baremo⁴⁸⁷, considero que podría adoptarse un modelo basado en los siguientes contenidos:

2.2.1 Modelo profesionalizado

Al trasponer la Directiva, el legislador español debe optar por un modelo totalmente profesionalizado, considerando que sería muy beneficioso para mejorar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que se instaurase la necesidad de un examen habilitador, con el que se expulsaría del sistema aquellos administradores concursales que aun siendo abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles, no reúnen los requisitos de formación necesarios para llevar a cabo con eficiencia las tareas que un concurso requiere, permitiendo además que el

formal entre sociedades de auditoría o auditores de cuentas respectivamente con la finalidad de organizar e impartir las actividades de formación continuada reguladas en este artículo. Con carácter subsidiario corresponderá al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas la organización y realización de estas actividades”. (art. 35 Reglamento Auditoría).

⁴⁸⁷ El baremo era el siguiente:

- 1º. 0,50 puntos por cada nombramiento como auxiliar delegado.
- 2º. 1 punto por cada nombramiento en concurso de acreedores en el que el pasivo que figura en la lista de acreedores (definitiva y, si todavía no se hubiera presentado, provisiona) fuera inferior a 5 millones de euros.
- 3º. 2 puntos por cada nombramiento en concurso de acreedores en el que el pasivo que figura en la lista de acreedores (definitiva y, si todavía no se hubiera presentado, provisional) fuera igual o superior a 5 millones de euros a inferior a 50.
- 4º. 3 puntos por cada nombramiento en concurso de acreedores en el que el pasivo que figura en la lista de acreedores (definitiva y, si todavía no se hubiera presentado, provisional) fuera igual o superior a 50 millones de euros e inferior a 100.
- 5º. 4 puntos por cada nombramiento en concurso de acreedores en el que el pasivo que figura en la lista de acreedores (definitiva y, si todavía no se hubiera presentado, provisional) fuera igual o superior a 100 millones de euros e inferior a 500.
- 6º. 5 puntos por cada nombramiento en concurso de acreedores en el que el pasivo que figura en la lista de acreedores (definitiva y, si todavía no se hubiera presentado, provisional) fuera igual o superior a 500.

En los concursos acumulados en los mismos autos el número de puntos se calculará por la suma de los pasivos de todos ellos conforme al baremo anterior.

administrador concursal designado, con independencia de su formación inicial, debe contar con los conocimientos jurídicos y económicos precisos para el desempeño del cargo.

Se debe avanzar para lograr el establecimiento de una verdadera profesión de administrador concursal, a la que se acceda superando una prueba ante un tribunal compuesto por un equipo multidisciplinar (compuesto por jueces, académicos, abogado, economista, auditor), en línea con el Proyecto de Estatuto de julio de 2015, con el objeto de que el postulante acredite tener conocimientos de Derecho, economía, contabilidad, auditoría, etc. ya que sin dichos conocimientos difícilmente va a desarrollar bien su función⁴⁸⁸.

Reducido el número de potenciales profesionales que pueden conformar la administración concursal, con un grado de formación adecuado, el nombramiento correlativo por lista no resulta problemático ni impide la especialización de los profesionales. Existiría una mayor homogeneidad en la preparación técnica y se minimizaría el riesgo de nombrar a un profesional poco preparado. Esto es lo que sucede ahora y por eso se defiende el nombramiento discrecional por el juez⁴⁸⁹.

BERMUDEZ AVILA⁴⁹⁰ considera que debe limitarse el número de candidatos que acceden a las listas, para así permitir la *profesionalización* o dedicación exclusiva de los profesionales liberales cualificados al ejercicio de la administración concursal, derivada del encargo de un número razonable de concursos anuales.

⁴⁸⁸ La Exposición de motivos III del proyecto de estatuto de 15 de julio de 2015, así lo considera al mencionar que: “*En este sentido, este real decreto continua la línea seguida en anteriores reformas persiguiendo el objetivo de mejorar la eficiencia del sistema concursal a través de la profesionalización de la administración concursal. Para ello, se refuerzan los requisitos de acceso, se determinan distintos elementos del nuevo sistema de designación, se revisa el diseño del arancel de la administración concursal y se regula la nueva sección cuarta del Registro Público Concursal*”.

⁴⁸⁹ CUENA CASAS, M., “La profesionalización de la administración concursal. Una reforma imprescindible y urgente”, *Notario del Siglo XXI*, Mayo – Agosto 2020, nº 91-92.

⁴⁹⁰ BERMUDEZ AVILA, M., “Medidas para mejorar la eficiencia y rapidez de los procedimientos concursales previstas en la Directiva 2019/1023”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, Agosto – septiembre 2019, Cizur Menor, 2019, p. 118.

No debe descuidarse la *formación continua*, ya que enriquece las capacidades y aptitudes de los administradores concursales, de forma que son capaces de generar un mayor desarrollo profesional, productividad, mejor gestión de tareas y, en definitiva, agregar un mayor valor añadido a los concursos que gestionan.

2.2.2. Momento en que debe adquirirse la formación

De la dicción literal del artículo 26 de la Directiva, al disponer que “los Estados miembros garantizarán que los administradores concursales *“reciban”* la formación adecuada”; y del Considerando 87, cuando establece que la titulación y formación adecuadas y los conocimientos especializados con los que deben contar los administradores concursales *“también pueden adquirirse en el ejercicio de su profesión”*, se infiere que la Directiva ofrece un marco muy amplio para la formación, pudiendo adquirirse *“ex ante”* o *“ex después”* de ser nombrado.

Parece evidente, y así lo considera la legislación española, que la formación debe tenerla el aspirante *antes* de que pueda ser nombrado administrador. Pero ello no es un obstáculo para que, con posterioridad al nombramiento, el administrador vaya enriqueciendo, ampliando y complementando su formación, a través de estudios, cursos y conferencias cuyas convocatorias son habituales.

Considero que la referencia que la Directiva efectúa en el sentido de que “la formación también puede adquirirse en el ejercicio de la profesión”, se refiere precisamente a la formación continuada, siempre conveniente y necesaria. El profesional de la insolvencia debe estar al día, no solo en las novedades legislativas, contables y de auditoría, sino también en otras materias legales como la normativa de Banco de España, y la que emana de las instituciones europeas, sin olvidar la jurisprudencia nacional y europea, máxime si se trata de un administrador en materia de reestructuración, que además debe tener en cuenta otros factores económicos muy cambiantes.

La formación *ex ante* debe proyectarse en dos aspectos, por un lado, en *los contenidos*, en el sentido de indicación de las materias a estudiar, y el número de horas accesibles (en

cuanto a las materias, resulta evidente que deben ser todas aquellas relacionadas con la actividad a desarrollar⁴⁹¹; y en cuanto a las horas accesibles, deberían ser las necesarias para que todo el programa de formación que se elabore, pueda impartirse); y por otro lado *la evaluación* que el tribunal designado debe realizar, sobre los conocimientos que el aspirante demuestre tener en el examen o prueba de aptitud⁴⁹².

Y la formación *ex post* consiste en *la continuidad* de la formación impartida, mediante la asistencia a los cursos, jornadas y congresos, organizados por Universidades u otras instituciones, y en los que intervienen jueces, y otros profesionales de la insolvencia, los cuales tienen un extraordinario valor formativo por la experiencia de los ponentes, y la calidad de las exposiciones.

2.2.3 Formación requerida para ser administrador

No se trata simplemente de conocer un conjunto legal, más o menos amplio de las distintas ramas del derecho. No se trata de conocer bien la contabilidad. No se trata de conocer el funcionamiento de una empresa. A la administración concursal se le presuponen dichos conocimientos. El administrador concursal desempeña su actuación en un ambiente de conflicto, de crisis. Un ambiente en el que los conocimientos técnicos son importantes, pero donde la experiencia personal, la habilidad en el trato, la capacidad negociadora, la serenidad, la prudencia son esenciales. A veces marcan la diferencia entre el desastre y la solución⁴⁹³.

Por ello, el acceso -que también la permanencia- se ha planteado desde hace tiempo en términos de alcanzar y mantener la especialización a través de *formación específica*. Sobre esa premisa se debe apostar por un sistema flexible de formación, evidentemente

⁴⁹¹ En el área jurídica: Derecho concursal, civil, mercantil, procesal, laboral y administrativo; y en el área económica: contabilidad, análisis de balances, planes de viabilidad, normas elementales de auditoría, fundamentalmente, y pinceladas sobre proyecciones económicas, normativa económica, etc.

⁴⁹² Para alcanzar los objetivos que pretende la Directiva, la formación debe realizarse de forma efectiva, y además se debe adoptar un sistema de evaluación que permita acreditar o garantizar que la formación se ha impartido de forma efectiva.

⁴⁹³ LAMO DE ESPINOSA, J.M., “*Los requisitos que debe cumplir la administración concursal*”, disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/Derecho-mercantil/concursal/sobre-los-requisitos-que-debe-cumplir-la-administracion-concursal-2019-03-12/>. 1º2 de marzo de 2019

reglado, que opere respecto a todos los intervinientes en la oferta formativa, asegurando que los destinatarios reciben la formación específica necesaria⁴⁹⁴.

En la actualidad (hasta que se desarrolle reglamentariamente el Texto refundido) para poder ser nombrado administrador, se requiere que el aspirante sea abogado que haya acreditado formación especializada en Derecho concursal; o auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con especialización demostrable en el ámbito concursal, requiriendo para todos ellos, una experiencia profesional mínima de cinco años de ejercicio efectivo.

Por lo tanto, actualmente la formación requerida para ser administrador es la que imparten las Universidades necesaria para obtener el título habilitante, debiendo acreditar/demostrar formación específica en materia concursal.

En el caso de la formación continuada, resulta difícil establecer “*a priori*” cuál debe ser la formación ni el tiempo que debe dedicarse a ella, puesto que dependerá de cada caso concreto, pero lo cierto es que la formación continuada, resulta absolutamente necesaria en el ejercicio de la profesión de administrador concursal.

A estos efectos, puede ser útil la “*pista*” ofrecida por el Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, que exige a quienes deseen actuar como auditores de cuentas, que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos en los apartados 1 y 2 del artículo 9 de la Ley 22/2015, de 20 de julio de Auditoría, que consisten en haber obtenido titulación universitaria de carácter oficial y válida en todo el territorio nacional;

⁴⁹⁴ CAMPUZANO, B., “El acceso a la profesión de administrador concursal: formación y experiencia”. *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.). Madrid, Diciembre 2020, p.121.

haber seguido programas de enseñanza teórica⁴⁹⁵ y adquirido una formación práctica⁴⁹⁶; y haber superado un examen de aptitud profesional organizado y reconocido por el Estado⁴⁹⁷.

SANJUAN MUÑOZ⁴⁹⁸ considera que el régimen de conocimiento del funcionamiento de la empresa y del régimen de sociedades es trascendental a la vista no solo de las operaciones que pudieran plantearse dentro del concurso, sino también en los supuestos previos al mismo. No se trata solo de sistemas de gestión empresarial, fiscal, económica, financiera o jurídica, sino también de materias concreta como contabilidad, funcionamiento de órganos societarios, modificaciones estatutarias o estructurales, afectaciones laborales, contratación pública y privada, o actuación procesal en un abanico amplio que abarca a la empresa como un todo⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ La enseñanza teórica deberá versar sobre las siguientes materias: marco normativo de información financiera; análisis financiero; contabilidad analítica de costes y contabilidad de gestión; gestión de riesgos y control interno; auditoría de cuentas y normas de acceso a ésta; normativa aplicable al control de la auditoría de cuentas y a los auditores de cuentas y sociedades de auditoría; normas internacionales de auditoría; así como normas de ética e independencia. Asimismo, el citado examen deberá cubrir, en la medida en que se requieran para el ejercicio de la actividad de auditoría de cuentas, las siguientes materias: Derecho de sociedades, de otras entidades y gobernanza; Derecho concursal, fiscal, civil y mercantil; Derecho del trabajo y de la seguridad social; tecnología de la información y sistemas informáticos; economía general, economía de la empresa y economía financiera; matemáticas y estadística, y principios fundamentales de gestión financiera de las empresas (art. 9.2.c de la Ley de Auditoría Cuentas).

⁴⁹⁶ La formación práctica deberá extenderse por un período mínimo de tres años en trabajos realizados en el ámbito financiero y contable, y se referirá especialmente a cuentas anuales, cuentas consolidadas o estados financieros análogos. Al menos, dos años de dicha formación práctica se deberán realizar con un auditor de cuentas o una sociedad de auditoría, y en el ejercicio de esta actividad en cualquier Estado miembro de la Unión Europea (art. 9.2.b de la Ley de Auditoría de cuentas).

⁴⁹⁷ Que estará encaminado a la comprobación rigurosa de la capacitación del candidato para el ejercicio de la auditoría de cuentas, debiendo versar sobre las materias de la enseñanza teórica (art. 9.2.b y c, de la Ley de Auditoría de Cuentas)

⁴⁹⁸ SANJUAN MUÑOZ, E., “La figura del partitioner en los procedimientos de reestructuración preventiva: la importancia de la objetividad a la hora de extender sacrificios. Funciones” *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.), Madrid, Diciembre 2020, p. 205.

⁴⁹⁹ A ello alude el Considerando segundo de la Directiva, al disponer que: *La reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial, en su totalidad o en parte, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de su estructura de capital -en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto- así como realizando cambios operativos. Salvo que se disponga específicamente otra cosa en la normativa nacional, los cambios operativos, como la resolución o modificación de contratos o la venta u otra forma de enajenación de activos, deben cumplir los requisitos generales que establece la normativa nacional para tales medidas, en particular las normas de Derecho civil y de Derecho laboral”.*

Los administradores deben tener formación en materia de valoración y enajenación de activos y pasivos, y de unidades productivas. La normativa concursal española prevé la enajenación en cualquier estado del concurso, del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas⁵⁰⁰, así como el sistema de avalúo de los bienes⁵⁰¹.

La formación también debe comprender la materia contractual, ya que el texto refundido dedica el Capítulo IV el Título III⁵⁰² a los efectos sobre los contratos, dedicando cinco secciones a regular tanto los efectos, la resolución, y la rehabilitación de los contratos; como los efectos sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos; y los efectos sobre los contratos con administraciones públicas. En este sentido la Directiva destina los apartados 4 a 6 del artículo 7 a las consecuencias que para los contratos tiene la suspensión de las ejecuciones singulares.

Los administradores concursales, también deben tener los conocimientos jurídicos, económicos y procesales para poder evaluar una propuesta de convenio, el plan de viabilidad, y el plan de pagos (ex. art. 348 TRLC).

2.2.4 Quien debe impartir la formación

La Directiva⁵⁰³ se inclina porque sean los Colegios Profesionales y otros organismos, como las Universidades, los que impartan la formación, opción por la que también se inclina el Proyecto de Estatuto de la Administración concursal de 15 de julio de 2015. En cualquier caso, se debe cambiar el escenario actual, en donde coexisten cursos impartidos

⁵⁰⁰ Estableciendo el artículo 215 del TRLC que “La enajenación en cualquier estado del concurso del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas se hará en subasta, judicial o extrajudicial, incluida la electrónica, salvo que el juez autorice otro modo de realización de entre los previstos en esta Ley.”

⁵⁰¹ Estableciéndose en el artículo 201 del TRLC que: “1. El avalúo de cada uno de los bienes y Derechos incluidos en el inventario se realizará con arreglo al valor de mercado que tuvieren. 2. Además del valor de mercado se indicará en el inventario el valor que resulte de deducir los Derechos, los gravámenes o las cargas de naturaleza perpetua, temporal o redimible que directamente les afecten e influyan en su valor, así como las garantías reales y las trabas o embargos que garanticen o aseguren créditos no incluidos en la masa pasiva”.

⁵⁰² Artículos 156 a 191 del TRLC, ambos inclusive.

⁵⁰³ En su Considerando 87 establece que “los Estados miembros no deben estar obligados a facilitar directamente la formación necesaria, pero ésta podría impartirse, por ejemplo, a través de asociaciones profesionales u otros organismos”

por instituciones serias, con otros organizados por despachos u organizaciones que, tras con la excusa de formar, lo que pretenden es buscar una relación directa entre la formación y el nombramiento.

No se discute, asevera CAMPUZANO LAGUILLO⁵⁰⁴, la conveniencia y preparación de numerosas instituciones y entidades para ofertar la formación y el Derecho e idoneidad que concurren en quienes participan en ella. Pero si se cuestionan con frecuencia las relaciones entre formación y designación y, un aspecto no menos importante, la formación tiene un coste que asume el profesional. De ahí que el sistema debe ser lo suficientemente equilibrado para conciliar la necesaria exigencia de formación especializadas con diferentes opciones que la procuren.

Habida cuenta de las consideraciones, observaciones, críticas y sospechas que han venido acompañando al desarrollo de la formación concursal resulta imprescindible que los aspirantes a administradores superen un examen de acceso que contenga diversas materias que deberá tener en cuenta en el ejercicio de la profesión. Para ello, la formación deberá impartirse con la mirada puesta en el contenido de la prueba concreta que tendrán que superar, considerando que las entidades que mejor pueden impartir la materia son las Universidades españolas, que son las que cuentan con la acreditación y experiencia necesaria para ello. Dicha formación puede complementarse con otra que puedan impartir las Colegios Profesionales, pero no sustituirla.

Para lograr la uniformidad en la formación, los cursos organizados por los Colegios profesionales deberían estar supervisados por los Consejos Generales de la Abogacía Española y de Colegios de Economistas y Titulados Mercantiles, así como al Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España, debiendo quedar circunscritos a la formación continuada de quienes ya se encuentren inscritos en el Registro Público Concursal. De esta forma no influirían en la designación de los administradores, por cuanto la inscripción en el Registro implica el nombramiento de administrador siguiendo un turno correlativo.

⁵⁰⁴ CAMPUZANO LAGUILLO, “*El acceso a la profesión*”. op. Cit, p.121.

VII. SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DEL ADMINISTRADOR CONCURSAL

1. Necesidad de previa diferenciación.

Partiendo de la base que el artículo 26 de la Directiva se refiere a los administradores en los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, resulta necesario analizar de forma separada, cuándo procede la selección y nombramiento de cada uno de los tipos o clases de administradores, en función del tipo de procedimiento de que se trate. Como el objeto de la tesis consiste en el análisis de las medidas que atañen a la administración concursal para mejorar la eficiencia de los procedimientos, voy a referirme a la administración concursal en los procedimientos de insolvencia, dedicando un capítulo independiente a las especialidades de los administradores en materia de reestructuración y exoneración de deudas.

En Derecho español, el administrador concursal nombrado en los procedimientos de insolvencia se encuentra regulado en los artículos 57 y siguientes del Texto refundido de la Ley concursal; y, hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, el regulado en los artículos 27 y ss. de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en redacción dada por la Ley 28/2011, de 10 de octubre⁵⁰⁵.

La Ley concursal española atribuye la competencia internacional y territorial para declarar y tramitar el concurso al juez de lo mercantil en cuyo territorio tenga el deudor el centro de sus intereses principales, atribuyéndole facultades exclusivas y excluyentes⁵⁰⁶. De forma específica establece la norma que el auto de la declaración de concurso debe contener necesariamente el nombramiento y las facultades de los administradores concursales (artículo 28 del TRLC⁵⁰⁷), y en los artículos 58 y 59 TRLC

⁵⁰⁵ En el marco jurídico interno, la administración concursal se encuentra regulada en el Capítulo II del Título II del Real decreto legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

⁵⁰⁶ Artículos 44, 45 y 52 del TRLC.

⁵⁰⁷ El art. 28.1 TRLC dispone que “*en todo caso, el Auto de declaración de concurso contendrá los siguientes pronunciamientos: [...] 4º. El nombramiento de la administración concursal, con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados*”.

son varias las referencias que identifica al juez como la única persona legitimada para el nombramiento.

2. El nombramiento de administrador, ¿es siempre obligatorio?

El nombramiento de un administrador concursal *en materia de insolvencia* es siempre obligatorio. Constituye un requisito *sine qua non*, que en el auto por el que se declara el concurso, se haga constar su nombramiento con expresión de las facultades asignadas al nombrado (ex. artículo 28.1. 4º del TRLC). Este es uno de los efectos fundamentales y principales de la declaración del concurso respecto del propio concursado, cuya capacidad de obrar se ve limitada, sin que se produzca la inhabilitación para la administración de sus bienes⁵⁰⁸.

El auto de declaración del concurso tiene eficacia ejecutiva inmediata, (ya que la propia Ley así lo establece el artículo 32 TRLC) y, por lo tanto, las limitaciones patrimoniales establecidas para el ejercicio por el concursado de las facultades de administración y disposición sobre los bienes y derechos que integran la masa activa exigen la formación del órgano que, o bien complemente el ejercicio o bien ejercite directamente esas facultades, y que además realice las actuaciones necesarias para la determinación de la masa activa y para la determinación de la masa pasiva. De ahí, que, entre los pronunciamientos necesarios del auto, figure el nombramiento de los miembros del órgano de administración del concurso⁵⁰⁹.

La omisión de este pronunciamiento produce la nulidad del auto, aunque puede ser corregida mediante el complemento de autos previsto en el art. 215 de la LEC, y evitar así su nulidad. No puede pensarse en continuar con el procedimiento si nada se hubiese dispuesto acerca de la determinación de las facultades de los administradores, así como la situación en que debe quedar el deudor con relación a la gestión de su patrimonio⁵¹⁰

⁵⁰⁸ HERNANDEZ RODRIGUEZ, M., “Solicitud del concurso. La solicitud anticipada” en VV.AA. *Tratado Judicial de la Insolvencia*. PRENDES CARRIL-MUÑOZ PAREDES (Dir.), editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, p. 653.

⁵⁰⁹ ROJO, A. y BELTRAN, E., “*Comentario de la Ley Concursal*”, Thomson Civitas, Madrid 2004, p. 478.

⁵¹⁰ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., “*Comentarios a la Ley concursal*”, DIJUSA, Madrid, noviembre 2003, p. 323.

También resulta obligatorio el nombramiento de administrador *en materia de exoneración*, ya que el artículo 709 TRLC, dispone que, en el auto de declaración de concurso consecutivo⁵¹¹, el juez nombrará administrador del concurso al mediador concursal que reúna las condiciones establecidas para ese nombramiento, salvo que concurra justa causa. De no haberse consagrado una regla de continuidad se habría aplicado el régimen general, en el que la designación de administrador concursal recae -salvo casos excepcionales- en la persona natural o jurídica a quien por turno corresponda de las inscritas en el registro público concursal. De esta forma, el precepto altera el sistema general de nombramiento por turno consecutivo que proclama el artículo 62 TRLC, una vez entre en vigor el mismo⁵¹².

De nuevo, es en el auto de la declaración del concurso consecutivo donde debe constar el nombramiento de administrador concursal -bien sea el mediador, u otro distinto-, por lo que dicho auto comienza a surtir efectos en el momento en el que queda legal y completamente formalizada la actuación judicial, lo que acontece con la firma del juez, momento éste, en el que la resolución deviene en inalterable⁵¹³.

La remisión a la tramitación del concurso ordinario implica que resulta aplicable al administrador en materia de exoneración cuanto se ha expuesto para el administrador en materia de insolvencia.

3. Nombramiento para casos concretos

⁵¹¹ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 695 TRLC: “*Se consideran concursos consecutivos: a) El del deudor insolvente que, en caso de no haber alcanzado un acuerdo un acuerdo de refinanciación o de un acuerdo extrajudicial de pagos tipificados en esta Ley, se declare a solicitud del propio deudor, de acreedor o, en el caso de un acuerdo extrajudicial de pagos, también a solicitud del mediador. b) El del deudor insolvente que se declare a solicitud del deudor que manifieste no poder cumplir el acuerdo de refinanciación o el acuerdo extrajudicial de pagos que hubiera alcanzado con los acreedores, así como el que se declare a solicitud del propio deudor o de acreedor, anterior o posterior a cualquiera de estos acuerdos, en caso de incumplimiento del que se hubiera alcanzado. c) El del deudor insolvente que, en caso de declaración judicial de nulidad o de ineficacia del acuerdo alcanzado, se declare a solicitud del deudor o de acreedor anterior o posterior al acuerdo anulado o declarado ineficaz*”.

⁵¹² Recordemos que en virtud de la disposición transitoria única del Real decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, el artículo 60 TRLC entrará en vigor una vez se apruebe el desarrollo reglamentario previsto en la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre

⁵¹³ El artículo 214.1. de la LEC dispone que: “*Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan*”

La Directiva, al igual que la legislación española, prevé que se pueda nombrar a un administrador especial para un caso concreto sin tener en cuenta los criterios generales de selección, bien en función de las características del deudor, bien cuando existan elementos transfronterizos, debiéndose tener en cuenta no solo los conocimientos y experiencia general del administrador, sino también las particularidades del caso.

Podría decirse que no deberían ser objeto de modificación ni el vigente artículo 27 de la Ley concursal, ni su correlativo artículo 62 del Texto refundido⁵¹⁴, ya que en ambos casos se faculta al juez para que de manera motivada pueda designar administrador concursal distinto al que por turno corresponda, cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecúa mejor a las características del concurso. En estos casos, el juez debe motivar su decisión atendiendo bien a la especialización o experiencia previa acreditada en concursos de la misma actividad que el concursado, bien la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación, o bien la experiencia en expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo o suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales.

3.1 Concursos de gran tamaño

La primera excepción a la regla general de nombramiento de administrador concursal por turno correlativo, lo constituyen los concursos de gran tamaño que la norma no define, pudiendo considerarse como tales, aquellos en los que concurren tres, de los cinco siguientes requisitos: a) que el número de los trabajadores sea igual o superior a 50; b) que la lista de acreedores presentada por el deudor incluya a más de 100 trabajadores; c) que la estimación inicial del pasivo sea igual o superior a 20 millones de euros; d) que la valoración inicial de los bienes y derechos sea igual o superior a 20 millones de euros;

⁵¹⁴ El artículo 62 TRLC establece que: *Por excepción a lo establecido en el apartado anterior (nombramiento a quien corresponda por turno correlativo), en los concursos de gran tamaño, el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecua mejor a las características del concurso. El juez deberá motivar su designación atendiendo bien a la especialización o experiencia previa acreditada por el nombrado en el sector de actividad del concursado, bien a la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales.*

e) que la cifra anual de negocios sea igual o superior a 10 millones de euros en el momento de la declaración del concurso⁵¹⁵.

Resulta cuestionable la distinción de trato que hace que el legislador entre los concursos de gran tamaño (en los que cabe ese margen de discrecionalidad del juez del concurso en la designación del administrador concursal), y aquellos otros de tamaño pequeño o mediano, en los que no cabe que el juez del concurso pueda designar a otro administrador concursal en función de la especialidad requerida, sino que por el contrario, debe limitarse a designar al administrador concursal del listado de inscritos en el registro público concursal que tenga el número de sucesivo⁵¹⁶.

No parece tener mucho sentido esta distinción si se parte de que efectivamente ha habido una previa selección de quienes estén habilitados para desempeñar el cargo del administrador concursal y consten, por tanto, inscritos en el Registro Público Concursal y, por ende, debidamente capacitados⁵¹⁷.

La justificación a la excepción de la regla general solo puede explicarse por la experiencia previa o especialización en: a) con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación; b) con el sector en el cual ejerce su actividad el concursado; c) o con las relaciones laborales en sentido amplio (modificación de las condiciones de trabajo, conflictos colectivos, expedientes de regulación de empleo, etc.).

Tal y como se encuentra redactado el precepto, parece que el juez del concurso deberá solicitar al Registro Público Concursal la persona que por turno le corresponde ser nombrado administrador y, una vez conozca quien es, sus cualidades y experiencia, preterirlo y designar a otro administrador en el caso de que el perfil del primeramente

⁵¹⁵ Así lo considera el artículo 10 del proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal de 15 de julio de 2015.

⁵¹⁶ ASENSIO PASCUAL, C., “Del nombramiento de la administración concursal” en *“Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal”*, PEINADO-SANJUAN (Dir.), Editorial SEPIN, Madrid 2020, tomo I, p. 476.

⁵¹⁷ ALONSO LEDESMA C., “Los modelos de la administración concursal”. En ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (Dir.) *La administración concursal. VII Congreso Español de la Insolvencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 59.

designado no se adecuase al concurso. En esos términos, parece que no será fácil que el juez haga uso de la facultad que le concede la norma⁵¹⁸.

En cualquier caso, cualquier sistema de designación del administrador concursal debería poder garantizar el nombramiento de un profesional que pueda responder a las necesidades concretas de cada empresa en concurso, en función ya no sólo el tamaño del concursado, sino de si nos encontramos ante un escenario liquidativo o ante un escenario conservativo, pues las aptitudes, conocimientos y experiencia requerida serían distintos en uno y otro escenario.

A mi juicio, la designación del administrador concursal no debería depender únicamente del tamaño del concurso, sino también de la viabilidad del deudor y, por supuesto, de la confianza del juez del concurso en dicho profesional, de forma que habrá que estar a cada caso concreto. En aquellos concursos en los que el acreedor es una empresa viable, con independencia de si es en un concurso pequeño, mediano, grande, quizás debería permitirse el juez del concurso un margen de discrecionalidad para designar al profesional de su confianza que mejor respondería a las necesidades del concursado, dejando la designación por turno correlativo para aquellos supuestos en los que el deudor no es viable y por tanto se verá abocado a la liquidación. El problema puede residir, sin embargo, en identificar en una fase tan temprana del procedimiento concursal si la concursada es o no viable⁵¹⁹.

⁵¹⁸ VILLENA CORTES, B., “Comentario al artículo 27”, en *Ley concursal comentada*, El Derecho grupo Francis Lefebvre, 2014, pp. 143-144. También se pronuncia en contra Consejo General de Economistas, con apoyo técnico de su órgano especializado, el Registro de Expertos en Economía Forense (REFOR) quien en sus propuestas al proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido Ley concursal, formuladas el 11 de abril de 2019, considera que *el criterio para la designación de los concursos de gran tamaño corresponda al Juez de lo Mercantil de forma discrecional, con la consiguiente enmienda del art. 27, pues El sistema aleatorio de elección de administradores concursales que se pretende en el nuevo artículo 27, introducido por Ley 17/2014, de 30 de septiembre (artículo 62 del texto refundido), se aleja de la designación judicial que opera en la inmensa mayoría de los países de nuestro entorno y no fomenta, precisamente, la preocupación por la excelencia y mejora profesional, al ser un sistema de mero sorteo y probabilidad*. Disponible en internet: <https://www.economistas.es/Contenido/REFor/notaaviso/PROPUESTAS%20DEL%20CGE%20AL%20PROYECTO%20DE%20RD LAPRUEBA%20TEXT0%20REFUNDIDO%20DE%20LA%20LC.pdf>.

⁵¹⁹ GURREA MARTINEZ, A., “El nombramiento de la administración concursal por turno secuencial: ¿una alternativa tan despiadada?”. Artículo de prensa publicado en Lawyerpress, de 26 de septiembre de 2016. Disponible en <https://dictumabogados.com/prensa-medios/el-nombramiento-de-la-administracion-concursal-por-turno-secuencial-una-alternativa-tan-despiadada/13921/>.

La alteración del turno prevista en el art. 62 TRLC para los concursos de gran tamaño, opera de forma excepcional, debiendo estar debidamente justificada por el juez del concurso. A este respecto, llama la atención que la experiencia expresamente mencionada a fin de fundamentar la designación del administrador alternativo, se limite únicamente a la experiencia financiera o a la laboral, pues parecería que otras especializaciones en otras ramas del derecho podrían tener la misma trascendencia en la llevanza del concurso, por ejemplo el derecho administrativo, pues pensemos en la dificultad añadida a un concurso de gran tamaño en el que haya que compaginar la legislación mercantil, concursal con la administrativa, lo que sucedería, por ejemplo, en una sociedad concesionaria⁵²⁰.

3.2 Concursos con especialidades

La Ley concursal española⁵²¹ establecía un régimen especial aplicable, por un lado, a las entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras; por otro, a las entidades deportivas; y en un tercero, a las empresas concesionarias de obras y servicios públicos, o contratistas de las Administraciones Públicas, pero que en nada influyen en cuanto al nombramiento de administradores concursales.

El Título XIV⁵²² del Texto refundido, regula *los concursos de acreedores con especialidades*, e incluye un primer Capítulo dedicado al *concurso de la herencia* y un segundo dedicado a ciertas *especialidades del concurso por razón de la persona del deudor*. En el segundo capítulo, regula el concurso de sociedades sometidas a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; el de entidades de crédito; el de entidades aseguradoras o reaseguradoras; el de Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social; el de empresas concesionarias de obras y servicios públicos; y el de

⁵²⁰ QUIJANO GONZALEZ, J., “Comentarios del artículo 27, condiciones objetivas para el nombramiento de administradores concursales”, PULGAR EZQUERRA (Dir.), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 479.

⁵²¹ En las Disposiciones Adicionales segunda, segunda bis y segunda ter. En la Disposición Adicional Segunda se numeraba un conjunto de normas aplicables a las entidades de crédito, y empresas de servicios de inversión que han sido objeto de sucesivas modificaciones. Por citar sólo las últimas: la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras; y Ley 11/2015, de 18 de junio, de la recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión.

⁵²² Artículos 567 y siguientes.

entidades deportivas. Con esta diferenciación se considera al concurso de la herencia concurso con especialidad, pero no por razón de la persona del deudor, sino por otro tipo de cualificación⁵²³.

La especialidad de los concursos de las entidades deportivas, y Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social⁵²⁴ implica que son entidades con características propias que justifican un tratamiento y regulación normativa específica y diferente, por lo que pueden constituir una excepción a la regla general prevista en el artículo 62 del TRLC, ya que, en estos casos, las concursadas muy bien podrán considerarse “*empresas de gran tamaño*”⁵²⁵. Son concursos especiales, que se salen de la normalidad, por lo que, nombrando un administrador concreto con experiencia demostrada en ese tipo de sociedad, y sin respetar el turno correlativo, se logra aumentar la eficiencia de los procedimientos.

En cuanto a los concursos de las sociedades sometidas a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (tales como las que tuvieran emitidos valores o instrumentos financieros negociados en un mercado secundario oficial, o empresas de servicios de inversión), entidades de crédito, y entidades aseguradoras o reaseguradoras,

⁵²³ Como ha señalado YAÑEZ VIVERO, F., “Herencia” en VV.AA. (dir. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A) *Enciclopedia de derecho concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, vol.2, p. 1682, el debate no debería centrarse en sí el concurso de la herencia merece una regulación separada, sino en realizar una regulación coherente entre sí y con la disciplina civil de la materia.

⁵²⁴ Las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social tienen autorizada por delegación de la Administración General del Estado, el desarrollo de las siguientes actividades dentro del marco de la colaboración con la Seguridad Social: la gestión de las prestaciones económicas y de la asistencia sanitaria comprendidas en la protección de las contingencias profesionales, la gestión de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, la gestión de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la gestión de las prestaciones económicas por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia, y la gestión de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. SUAREZ VAZQUEZ, C., “*El concurso de acreedores de las sociedades especiales*”, Hospitalet de Llobregat, 2016, p. 335.

⁵²⁵ En 2017 fueron 13.971.691 los trabajadores amparados por estas mutuas. Un indicador de especial relevancia que pone de manifiesto la dimensión de las mutuas, además de la población que protege, es el volumen de recursos económicos que gestionan. Y entre estos recursos es fundamentalmente indicativo en el importe de las cuotas de Seguridad Social devengadas durante el periodo, ya que el mismo constituyó en torno al 97% de los ingresos corrientes de las entidades, en 2017. También es significativo dicho importe para establecer el nivel de participación de las mutuas en el conjunto del sistema, especialmente en cuanto a cuotas por contingencias profesionales se refiere que las mutuas gestionan más del 96% del total de las cuotas relativas a las contingencias mencionadas. Información recogida en la *Memoria económico-financiera y de gestión económica 2017*. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, pp. 17 y 26.

también se separa del régimen general que se recoge en el art. 62 TRLC, ya que los respectivos sectores reciben una regulación especial, y conjunta en muchas ocasiones, atendiendo a la complejidad de los intereses en juego y las especiales características de las entidades que llevan a cabo actividades en el sector financiero.

Un eventual concurso de estas entidades tendría unas grandes repercusiones en el mercado financiero, afectando no solo a los acreedores, sino también a la economía nacional del país, ya que todo sistema financiero tiene dos funciones esenciales: por una parte, garantizar una asignación eficaz de los recursos financieros; y, por otra, contribuir al logro de la estabilidad monetaria y financiera. Por estabilidad financiera podemos entender la ausencia de crisis importantes en los grupos institucionales e integrantes del sistema en los diferentes ámbitos que lo conforma y una evolución estable de las principales macromagnitudes monetarias y financieras⁵²⁶.

Los tres sectores están fuertemente tutelados por organismos supervisores que juegan un papel esencial en el control de acceso, funcionamiento y también por lo que ahora nos ocupa, en la liquidación y eventual concurso de las entidades que participan en el sector financiero⁵²⁷. Se trata de un modelo de supervisión financiera de tipo sectorial que establece un organismo supervisor por cada uno de los ámbitos de la actividad financiera, (banca, valores y seguro)⁵²⁸.

El régimen previsto que contempla el art. 574 TRLC para el concurso de las entidades mencionadas es el siguiente: en el concurso de entidad de crédito el juez nombrará administrador concursal de entre las personas propuestas en terna por el FROB; en el concurso de entidad aseguradora o reaseguradora el juez nombrará administrador concursal al Consorcio de Compensación de Seguros; y en el concurso de una entidad

⁵²⁶ CALVO BERNARDINO, A., “Panorama actual del sistema financiero español”, en VV.AA. (dir. CAMPUZANO-CONLLEDO-PALOMO), *Los mercados financieros*, 2ª edición, Valencia 2017, p. 32

⁵²⁷ DIEZ DE LOS RIOS, “La supervisión, inspección y sanción de los intervinientes en el mercado de valores”, en VV.AA. Op. cit. *Los mercados financieros...* pp. 451 y 452.

⁵²⁸ Dicho órgano o autoridad de supervisión, asume cuatro tipos de competencias y funciones: la concesión de autorizaciones o licencias para el desarrollo de la actividad regulada; la vigilancia del cumplimiento de las normas prudenciales y de conducta; el establecimiento de mecanismos encaminados a hacer cumplir las normas o a sancionar su no observancia; y, finalmente, la gestión de situaciones de crisis o de dificultad financiera de las entidades reguladas.

sometida a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el juez nombrará administrador concursal de entre las personas propuestas en terna por esa Comisión.

3.2.1 Concurso de entidades de crédito

En el caso de concurso de *entidades de crédito*, tanto la Ley 22/2003 de 9 de julio, como el texto refundido de la Ley Concursal otorgan al FROB la posibilidad para designar una terna de posibles administradores para que el juez nombre a uno de entre los propuestos. Ahora bien, como dichas normas no entrarán en vigor hasta que no se desarrolle reglamentariamente la Ley, en el caso de concurso de una entidad de crédito, es el Fondo de Garantía de Entidades de Crédito el que tiene la potestad de designar una terna para que el juez de lo Mercantil nombre de entre ellos al administrador concursal, lo que ya ocurrió en el concurso del Banco de Madrid⁵²⁹.

A juicio de LILLO CABRERA y SERNA CABRERA⁵³⁰ la redacción de este apartado de la norma, debería establecer que el juez nombre como administrador concursal al Fondo de Garantía de Depósitos, o bien que fuese dicho fondo quien propusiese al juez la terna de candidatos a ser nombrados administradores. Apoyan su afirmación en varios argumentos, a saber: en primer lugar, consideran que la finalidad del FROB no es intervenir en las liquidaciones concursales de entidades de crédito⁵³¹; en

⁵²⁹ Declarado en concurso por el juzgado de lo Mercantil 1 de Madrid, mediante Auto de fecha 25 de marzo de 2015, habiendo designado administrador concursal a la sociedad LEGAL Y ECONOMICO ADMINISTRADORES CONCURSALES, S.L.P. a propuesta del Fondo de Garantía de Depósitos (Fundamento de derecho 8 del citado Auto).

⁵³⁰ LILLO CERVANTES, A. y SERNA CABRERA, S., “Concurso de acreedores de entidades financieras: aspectos prácticos y propuestas de lege ferenda”, *Revista Concursal y paraconcursal*, Nº 33/2020, Wolters Kluwer, Madrid 2020, p. 317

⁵³¹ Según el artículo 52 de la Ley 11/2015 de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, el FROB tiene como finalidad gestionar los procesos de resolución de las entidades en su fase ejecutiva. Dichos procesos de resolución se producen cuando concurren los siguientes requisitos: i) una entidad de crédito es inviable o es razonablemente previsible que vaya a serlo en un futuro próximo; ii) no existen perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado, de supervisión o la amortización o conversión de instrumentos de capital puedan impedir la inviabilidad de la entidad en un plazo razonable y, además; iii) por razones de interés público resulta necesario o conveniente acometer la resolución para alcanzar alguno de los objetivos de resolución fijados en la norma (art. 19) por cuanto a la disolución y liquidación de la entidad en el marco de un procedimiento concursal no permitiría razonablemente alcanzar dichos objetivos en la misma medida.

segundo lugar, el fondo está especialmente interesado en el desarrollo del concurso de acreedores. Si se produce la declaración de concurso de una entidad de crédito, el fondo debe llevar a cabo su objetivo inmediato que ha sido una de sus señas de identidad desde su creación en 1977, consistente en “pagar a los depositantes los importes garantizados”⁵³²; y el tercer argumento que apoya su afirmación de que el Fondo de Garantía de Depósitos debería ser nombrado administrador, es el interés público concurrente en los concursos de las entidades de crédito⁵³³, lo que estaría en consonancia con lo dispuesto en el art. 58 del TRLC, al establecer que en los concursos en que concurra causa de interés público, una Administración pública o entidad de derecho público vinculada o dependiente de aquella, que sea acreedora del concursado, sea nombrada segundo administrador concursal.

El fondo es el único órgano con experiencia en la gestión de insolvencias de entidades de crédito, siendo la institución que mejor puede conocer los requisitos que debe cumplir un administrador concursal para que sus servicios se presten de forma eficiente y competente y, en lo que respecta a los implicados, de manera imparcial e independiente, como proclama el art. 26 de la Directiva⁵³⁴.

3.2.2 Concurso de entidad aseguradora o reaseguradora

En el caso de concurso de *entidad aseguradora o reaseguradora* el juez nombrará administrador concursal al Consorcio de Compensación de Seguros. El Consorcio podrá designar a una persona natural integrada en su organización o a una ajena a ella. El

⁵³² Actualmente el importe garantizado por el fondo a los depositantes asciende hasta un máximo de 100.000 € por cada depósito que un titular tenga constituido en cada entidad de crédito (art. 10 Ley 11/2015). En el año 2024, el fondo deberá pagar los importes garantizados en un plazo de 7 días hábiles siguientes a la declaración de la inviabilidad de la entidad de crédito. Ello implicará que con casi toda probabilidad el fondo se convierta en uno de los acreedores principales de la entidad de crédito y esté especialmente interesado en la recuperación, en el seno del concurso, de los importes abonados a los depositantes al haberse subrogado en su posición una vez pagados los importes garantizados.

⁵³³ La participación del fondo en el nombramiento del órgano encargado de administrar el concurso no debe limitarse a presentar una terna de candidatos, sino que debe ser nombrado por el Juez como administrador concursal.

⁵³⁴ Desde que fue creado el Fondo de Garantía de Depósitos, ha participado en los siguientes procedimientos de insolvencia de entidades financieras: Banco de Navarra, en 1978; Banco de los Pirineos en 1981; Bank of Credit and Commerce, en 1991; Banco Europeo de Finanzas, en 1992; Banco Ibercorp, en 1992; Banco Credipás, en 1996; Eurobank del Mediterráneo, en 2004; y Banco de Madrid en 2015.

régimen jurídico será el mismo que el aplicable a los administradores personas jurídicas. El motivo de la especialidad radica en que la formación requerida para los administradores concursales en general, no garantizan un nivel adecuado a la complejidad de esas insolvencias.

3.2.3 Concurso de entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en el mercado secundario oficial

Y en el caso de *concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocian en el mercado secundario oficial*, o sea una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de tales valores o instrumentos, así como si se tratara de una *empresa encargada de los servicios de inversión*, será designado administrador, una persona que represente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, designado de entre la terna propuesta por dicha Comisión⁵³⁵.

El juez no entra a valorar la adecuación técnica de la persona propuesta, (que no tiene por qué ser economista, auditor o titulado mercantil, sino que puede ser personal técnico de dicha Comisión), pues se trata de una labor de la Comisión Nacional del Mercado de Valores proponente. Lo que, si deberá comprobar el juez, sin embargo, es que concurren en la persona todos los requisitos legalmente necesarios para integrar el órgano concursal, tales como la capacidad, ausencia de inhabilitación y de incompatibilidades.

En estos casos, la persona designada adquiere la condición de administrador concursal en nombre propio, y no como representante de la Comisión que lo propuso, con las salvedades de que no será necesario que acepte el cargo (por lo que no tendrá que acreditar que ha suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente), y que el cargo no será retribuido (arts. 576 y 577 TRLC).

⁵³⁵ Ver TIRADO, I., “Comentario al artículo 27 de la Ley Concursal” en ROJO, A/BELTRAN, E., *Comentario de la Ley Concursal*, tomo I, Madrid 2004, p. 569 y ss. DE LA CRUZ BERTOLO, J.M., “Comentario al art. 27 de la Ley concursal” en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOCER GARAU, G (Dir.). *Comentarios a la legislación concursal. Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal*, tomo I, Madrid 2004, pp. 527 y ss. Y TAPIA HERMIDA, A.J., “Comentario del art. 27 de la Ley Concursal” en SÁNCHEZ CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V, *Comentarios a la legislación concursal*, Tomo I, Valladolid 2004, pp. 565 y ss.

En la actual regulación del Texto refundido podemos apreciar dos diferencias en relación con el derecho preexistente: a) en los concursos de entidades financieras y las sometidas a la CNMV, aparece por vez primera una referencia a *una terna* de candidatos⁵³⁶, de entre los cuales el juez deberá designar administrador; b) y en los concursos de las entidades aseguradoras, deberá nombrarse administrador al propio Consorcio de Compensación, y no a la persona que el Consorcio designe.

3.3 En particular, concursos con elementos transfronterizos

Los últimos años han marcado una considerable evolución en la regulación de las insolvencias y han puesto a prueba la normativa sustantiva y procesal de los distintos ordenamientos, lo que ha tenido necesarias consecuencias en la regulación de los aspectos internacionales de la materia.

3.3.1 Reglamento 848/2015 del Parlamento y del Consejo de 20 de mayo

El legislador europeo quiso atender a esas nuevas necesidades y, además, superar algunos de los aspectos menos eficientes de la regulación anterior, con la aprobación del Reglamento 848/2015, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia⁵³⁷.

La aplicación del Reglamento evidenció que la apertura de procedimientos territoriales obstaculizaba en ciertos casos la administración eficaz del patrimonio del deudor, puesto que el administrador del procedimiento principal dejaba de tener control sobre los bienes del concursado situados en el Estado del procedimiento territorial, lo que

⁵³⁶ Contrariamente a lo que sucedía en el derecho derogado en el que se podrían presentar diferentes candidaturas, sin limitación de su número, el texto refundido establece que únicamente deberán presentarse tres candidaturas al juez.

⁵³⁷ Este texto es de aplicación, con carácter general, a los procedimientos de insolvencia abiertos a partir del 26 de junio de 2017, como resulta de su artículo 84, que aclara, además, que *“los actos que el deudor haya celebrado antes de esa fecha continuarán sujetos a la Ley que les fuere aplicable en el momento de su celebración”* y que el derogado Reglamento 1346/2000 seguirá aplicándose a los procedimientos de insolvencia que entren dentro de su ámbito de aplicación y se hubieren abierto antes de la fecha citada. Ver DOUE de 5 de junio de 2015, n° L 141, pp. 19-72.

hacia más difícil la reestructuración de la empresa y su venta como empresa en funcionamiento⁵³⁸.

El Reglamento *resulta aplicable*: a) a los procedimientos de insolvencia que cumplan las condiciones establecidas en él, independientemente de que el deudor sea una persona física o jurídica, un comerciante o un particular⁵³⁹ ; b) a los procedimientos que promueven el rescate de empresas viables económicamente a pesar de estar en dificultades, y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios⁵⁴⁰; c) a los procedimientos en los que se acuerde una suspensión temporal de las acciones de ejecución interpuestas por acreedores individuales cuando dichas acciones puedan afectar de manera desfavorable a las negociaciones y obstaculizar las perspectivas de reestructurar la actividad mercantil del deudor⁵⁴¹; d) y a los procedimientos cuya apertura esté sujeta a publicidad⁵⁴².

⁵³⁸ Por ello, el Reglamento introdujo medidas destinadas a propiciar un mayor control en la apertura de procedimientos secundarios, de manera que éstos no lleguen a abrirse si no lo justifica el interés de los acreedores locales, a incrementar las facultades de control del administrador del procedimiento principal sobre los secundarios, suprimir la exigencia de que los procedimientos secundarios abiertos después del principal fueran de liquidación y mejorar la coordinación entre el procedimiento principal y los secundarios, haciéndola recaer no sólo en los administradores sino también en los respectivos tribunales. Las críticas al Reglamento 848/2015, se recogen en el Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report, en HESS/OBERHAMMER/PFEIFFER, *European Insolvency Law*, CH Beck, 1ª ed., Munich, 2014, pp. 237 y ss.

⁵³⁹ Es decir, “a los procedimientos colectivos públicos, incluidos los procedimientos provisionales, regulados en la legislación en materia de insolvencia y en los que, a efectos de rescate, reestructuración de la deuda, reorganización o liquidación, a) se desapodere a un deudor total o parcialmente de sus bienes y se nombre a un administrador concursal; b) los bienes y negocios de un deudor se sometan a control o supervisión judicial, o c) un órgano jurisdiccional acuerde, o se establezca por ministerio de la Ley, una suspensión temporal de los procedimientos de ejecución individual para facilitar las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, siempre que los procedimientos en los que se acuerde la suspensión prevean medidas adecuadas para proteger al conjunto de los acreedores y, en caso de que no se alcance un acuerdo, sean previos a uno de los procedimientos a los que hacen referencia las letras a) o b)”. (artículo 1).

⁵⁴⁰ En particular, debe ampliarse a los procedimientos que estén dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad, o que permitan al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios. También debe hacerse extensivo a los procedimientos que prevean una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos, por ejemplo, reduciendo la cuantía que deba pagar el deudor o ampliando el plazo de pago que se le hubiera concedido (Considerando 10).

⁵⁴¹ Dichos procedimientos no deben causar perjuicio al conjunto de los acreedores y, en caso de que no pueda llegarse a un acuerdo sobre un plan de reestructuración, deben preceder a otros procedimientos incluidos en el presente Reglamento (Considerando 11).

⁵⁴² Con el fin de permitir a los acreedores conocer los procedimientos y presentar sus créditos, asegurando de ese modo el carácter colectivo de los procedimientos, y con el fin de ofrecer a los acreedores la posibilidad de impugnar la competencia del órgano jurisdiccional que los haya abierto (Considerando 12).

El Reglamento entiende por *administrador concursal* a cualquier persona u órgano cuya función, incluso de manera provisional, sea: comprobar y admitir pretensiones formuladas en procedimientos de insolvencia; representar el interés general de los acreedores; administrar, total o parcialmente, o liquidar los bienes de los que se ha despojado al deudor; o supervisar la administración de los negocios del deudor (art. 2), a quienes se les impone la obligación principal cooperar entre sí en la medida en que dicha cooperación no sea incompatible con las normas aplicables a los respectivos procedimientos⁵⁴³.

Este *deber de cooperación* se extiende al deudor que no haya sido desposeído de sus bienes (art. 41.3), y se concreta en que los administradores concursales se comunicarán lo antes posible toda información que pueda resultar útil para el otro procedimiento⁵⁴⁴; estudiarán la posibilidad de reestructuración del deudor y, si existe tal posibilidad, coordinarán la elaboración y la aplicación de un plan de reestructuración; y coordinarán la administración de la realización o la utilización de los bienes y negocios del deudor⁵⁴⁵.

Para llevar a cabo la función de un administrador concursal con elementos transfronterizos, resulta imprescindible que los administradores de ambos o los varios países implicados puedan comunicarse entre sí, y con los órganos judiciales o administrativos, ya que sin esa posibilidad de comunicación difícilmente podrían cumplir con las exigencias y necesidades que le exige el Reglamento⁵⁴⁶, de las que entresacamos las siguientes:

⁵⁴³ Dicho deber lo impone el art. 41 no solo al administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal, sino también al administrador concursal o los administradores concursales de los procedimientos de insolvencia secundarios relativos a un mismo deudor.

⁵⁴⁴ En especial el estado de la presentación y comprobación de los créditos y todas las medidas destinadas al rescate o la reestructuración del deudor o a la conclusión de los procedimientos, siempre que se adopten las medidas oportunas para proteger la información confidencial

⁵⁴⁵ El administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario ofrecerá al administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal la posibilidad de presentar, con la debida antelación, propuestas relativas a la realización o a cualquier otra utilización de los activos del procedimiento de insolvencia secundario.

⁵⁴⁶ El derecho español regula en el Libro III del Texto Refundido (art. 721 y ss.) las normas de derecho internacional privado, las cuales son fiel reflejo de las normas establecidas en el Reglamento (UE) 2015/848 de insolvencia.

- a) la posibilidad de ejercer en otro Estado miembro todas las facultades conferidas por la Ley del Estado de apertura de procedimiento⁵⁴⁷;
- b) la necesidad de poder contraer por escrito en una de las lenguas co-oficiales de la Unión, un compromiso unilateral (“el compromiso”) con respecto a la distribución de los bienes situados en un Estado miembro en el que pueda abrirse un procedimiento de insolvencia secundario⁵⁴⁸;
- c) la necesidad del deber de cooperar entre un administrador de un procedimiento de insolvencia principal, y los administradores concursales de los procedimientos de secundarios, comunicándose toda la información de la que posean, estudiando la posible reestructuración de las deudas, y coordinando la realización o utilización de los bienes del deudor⁵⁴⁹;
- d) la posibilidad de proponer planes de reestructuración en el procedimiento que se tramite ante otro Estado miembro⁵⁵⁰;
- e) en el caso de grupo de sociedades, la cooperación de un administrador concursal con otro designado en el concurso de otra sociedad del mismo grupo⁵⁵¹;

⁵⁴⁷ El artículo 21 del Reglamento, dispone que el administrador concursal nombrado por un órgano jurisdiccional competente podrá ejercer en otro Estado miembro todas las facultades que le hayan sido conferidas por la Ley del Estado de apertura del procedimiento mientras no se haya abierto otro procedimiento de insolvencia ni se haya adoptado medida cautelar contraria alguna como consecuencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en ese Estado. En particular, se le concede la facultad de trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren, así como la facultad de poder ejercitar cualquier acción revocatoria en interés de los acreedores.

⁵⁴⁸ El compromiso se expresará en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro en el que hubiera podido abrirse un procedimiento de insolvencia secundario, se expresará por escrito, será aprobado por los acreedores locales conocidos, y será vinculante para la masa (artículo 36 del Reglamento).

⁵⁴⁹ El deber de comunicación alcanzará a toda información que pueda resultar útil para el otro procedimiento, en especial el estado de la presentación y comprobación de los créditos y todas las medidas destinadas al rescate o la reestructuración del deudor o a la conclusión de los procedimientos, siempre que se adopten las medidas oportunas para proteger la información confidencial (artículo 41 del Reglamento).

⁵⁵⁰ El artículo 47 del reglamento establece que “*Si el Derecho del Estado miembro en el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia secundario permite que tal procedimiento se concluya sin liquidación mediante un plan de reestructuración, un convenio u otra medida similar, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal estará facultado para proponer tal medida con arreglo al procedimiento de dicho Estado miembro*”.

⁵⁵¹ Por lo que también deberán comunicarse cualquier información que pueda resultar útil para los otros procedimientos, coordinando la gestión y supervisión de las actividades de los miembros del grupo que se encuentren sometidos a procedimientos de insolvencia; y estudiando la posibilidad de negociar un plan de reestructuración, y llevarlo a cabo si resulta factible (artículo 56 del Reglamento).

- f) la necesidad de cooperar con los órganos jurisdiccionales de otros Estados⁵⁵², así como con el coordinador⁵⁵³.

Además de la posibilidad de comunicación, no podrán llevar a cabo su labor con eficiencia si no cuentan con un equipo humano y con medios materiales para ello. De esta forma, aunque sin decirlo, el legislador europeo se inclina por la posibilidad de que en aquellos procedimientos de insolvencia que cuenten con elementos transfronterizos, sea una persona jurídica, que normalmente está equipada con los medios humanos y profesionales a los que me refiero, la que sea nombrada administrador concursal.

SANCHO GARGALLO⁵⁵⁴ ha puesto de manifiesto el amplio margen que el Reglamento deja a los operadores a la hora de fijar los instrumentos para la cumplir con el deber de cooperación. También destacó que cuando, en este marco, se lleguen a concluir acuerdos y protocolos, es necesario que garanticen la transparencia de las comunicaciones entre los administradores concursales y entre éstos y los órganos jurisdiccionales.

3.3.2 La Directiva 1023/2019

La Directiva profundiza en el deber de cooperación, estableciendo que, para reducir la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia, dados los mecanismos de cooperación reforzada entre órganos jurisdiccionales y administradores concursales en

⁵⁵² En la medida en que dicha cooperación y comunicación resulten adecuadas para facilitar la eficaz administración de los procedimientos, no supongan un conflicto de intereses y no sean incompatibles con las normas que les sean aplicables (artículo 58 del Reglamento).

⁵⁵³ Según el art. 71 del Reglamento, en los casos de insolvencia de grupo de sociedades, puede designarse a un administrador concursal “coordinador” que no será ninguno de los administradores concursales nombrados para actuar respecto de los miembros del grupo, y no tendrá conflicto de intereses alguno respecto de tales miembros, de sus acreedores o de los administradores concursales nombrados respecto de cualquiera de los miembros del grupo. Sus funciones y derechos los contempla el art. 72 del Reglamento, exigiendo el art. 74 que *“los administradores concursales comunicarán al coordinador toda información que sea pertinente para el desempeño de las funciones de este”*.

⁵⁵⁴ Así se expresó SANCHO GARGALLO, I., en su intervención en la Jornada sobre instrumentos de cooperación en los procedimientos de insolvencia transfronterizos, celebrada el 14 de febrero de 2020, se celebró en Madrid, en la sede de la Fundación Ramón Areces, disponible en <http://www.blog.fder.uam.es/2020/03/09/instrumentos-de-cooperacion-en-los-procedimientos-de-insolvencia-transfronterizos-acuerdos-y-protocolos/>.

los casos transfronterizos, la profesionalidad de todos los actores implicados debe situarse a altos niveles similares en toda la Unión⁵⁵⁵.

La Directiva dispone que en los casos con elementos transfronterizos, el nombramiento del administrador concursal debe tener en cuenta, entre otros factores, la capacidad de los administradores concursales para cumplir las obligaciones, con arreglo al Reglamento (UE) 2015/848, de comunicarse y cooperar con administradores concursales en procedimientos de insolvencia y autoridades judiciales o administrativas de otros Estados miembros, así como los recursos humanos y administrativos de que disponen para tratar posibles casos complejos (Considerando 88)⁵⁵⁶.

De esta forma, la Directiva se remite en su integridad a las disposiciones del reglamento de insolvencia, en los términos que hemos expuesto. Por esta razón, en su art. 26 se hace eco de que, al nombrar a un administrador concursal para un caso con elementos transfronterizos, debe tenerse en cuenta, no solo los conocimientos y la experiencia del administrador concursal, sino también las particularidades del caso, en el sentido de que debe tener en cuenta las posibilidades de comunicación entre ambos.

3.3.3 Legislación española

También el Derecho español impone a la administración concursal del concurso declarado en España y al administrador o representante de un procedimiento extranjero de insolvencia relativo al mismo deudor y reconocido en España un deber de cooperación

⁵⁵⁵ Considerando 85 de la Directiva.

⁵⁵⁶ El artículo 56 del Reglamento 848/2015, distingue entre la “cooperación y comunicación” y la “coordinación”. Respecto de la primera, las funciones de cooperación recaen en los administradores y tribunales de los respectivos procedimientos y puede adoptar distintas formas. A los primeros se les imponen unas obligaciones de cooperación que, según se explicita, pueden consistir en la comunicación de cualquier información que puede resultar útil para otros procedimientos, estudiar las posibilidades de coordinar la gestión y supervisión de las actividades de los miembros del grupo y, en su caso, proceder a esa coordinación, estudiar las posibilidades de reestructuración y concertar planes de acción coordinados, entre otras, si bien esas obligaciones solo operarán “en la medida en que tal cooperación sea conveniente para facilitar la eficaz administración de esos procedimientos, no sea incompatible con las normas aplicables a los mismos y no suponga un conflicto de intereses. De la misma forma, se otorga a los administradores el derecho de ser oídos y participar en los procedimientos concursales de otras sociedades del grupo de solicitar la suspensión de cualquier medida relacionada con la realización de activos en el procedimiento abierto respecto de otro miembro del grupo, en ciertas circunstancias, o de solicitar el inicio de un procedimiento de cooperación (art. 60).

recíproca en el ejercicio de sus funciones. Este se manifiesta “a través de la aprobación y aplicación por los tribunales y autoridades competentes de acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos” (art. 749 TRLC).

El artículo 749 TRLC, ya se hace eco de la singularidad expuesta, estableciendo las obligaciones de cooperación en la coordinación de los procesos de insolvencia. En particular, establece la obligación de compartir informaciones útiles o relevantes, la coordinación de la administración y el control o supervisión de los bienes y actividades del deudor.

A la hora de coordinar los diferentes procedimientos, en línea con lo dispuesto en el Reglamento de Insolvencia, nuestro legislador ha optado por atribuir un papel predominante al procedimiento principal, entendiendo por tal el del Estado en el que el deudor tiene el centro de sus intereses principales, lo que presupone la existencia de un único procedimiento principal, y uno o varios procedimientos territoriales⁵⁵⁷.

En cuanto al *contenido de las obligaciones de cooperación*, el art. 749 TRLC señala tres: el intercambio, por cualquier medio que se considere oportuno, de informaciones que puedan ser útiles para el otro procedimiento⁵⁵⁸; la coordinación de la administración y del control o supervisión de los bienes y actividades del deudor⁵⁵⁹; y la exigencia al administrador del procedimiento territorial de permitir al del principal, la presentación con tiempo suficiente, de propuestas relativas a la liquidación y el uso de los activos del procedimiento territorial⁵⁶⁰.

⁵⁵⁷ Lo que puede dar lugar a dos situaciones: Que tanto el procedimiento abierto en España como el abierto en el extranjero, sean principales; o que el procedimiento abierto en España y el abierto en el extranjero, sean territoriales (Sobre sus consecuencias, Vid Informe VIRGÓS-SCHMIT, nº 39).

⁵⁵⁸ El fundamento de esta obligación resulta evidente, pero se encuentra sometida al límite del respeto a las normas nacionales que restringen la comunicación de la información.

⁵⁵⁹ A título de ejemplo, el objeto de la coordinación puede estar referido a las medidas a adoptar para la realización de los bienes, la decisión de resolver o continuar con los contratos vigentes, la elaboración de planes de reestructuración, plantear acciones de rescisión de los actos perjudiciales para la masa, etc.

⁵⁶⁰ Aunque no lo indique el precepto, también se exige al administrador del procedimiento territorial que informe al del principal sobre cualquier utilización o disposición de activos que tenga prevista.

Lejos de constituir un modelo cerrado de cooperación, las reglas diseñadas por nuestro legislador apuestan por establecer un modelo de contenido abierto⁵⁶¹. Pero para llevar a cabo su cometido, es absolutamente imprescindible que el administrador nombrado conozca la lengua del país extranjero, o al menos domine una lengua que también sea conocida por los actores extranjeros. Igualmente debe disponer de medios materiales y humanos para que su labor resulte eficaz, y, a ser posible debe contar con una sucursal en el país extranjero, o con un colaborador habitual en el mismo.

3.3.4 Los protocolos concursales

Como hemos visto el Reglamento 848/2015 establece mecanismos sobre el papel eficaces a la hora de llevar a cabo la cooperación. No obstante, la práctica demuestra lo muy escasamente que se hace uso de ellos y la necesidad de fomentar la comunicación entre procedimientos para una resolución eficaz de la insolvencia, cualquiera que sea la finalidad –reestructuración o liquidación– que se persiga⁵⁶².

En este contexto, merece especial atención una figura mencionada en el Reglamento, pero todavía insuficientemente desarrollada en el ámbito de la Unión Europea: los protocolos concursales, que pueden resultar un instrumento útil para la eficacia de la cooperación⁵⁶³, figura ésta que no contempla la legislación española, pero que considero relevante poner de manifiesto.

⁵⁶¹ Sobre las ventajas de este modelo, vid. MANGANO, R., “*From Prisoner’s Dilemma to Reluctance to Use Judicial Discretion: The Enemies of Cooperation in European Cross-Border Cases*”, *International Insolvency Review*, vol. 26, nº 3, p. 321.

⁵⁶² TORRALBA MENDIOLA, E., “Las insolvencias transfronterizas en la unión europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, Vol. 11, nº 2, p 373, disponible en www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4963>.

⁵⁶³ A ellos se refiere el Considerando 49, al manifestar que “*En aras del cumplimiento del deber de cooperación, los administradores concursales pueden celebrar acuerdos y protocolos destinados a facilitar la cooperación transfronteriza en los procedimientos de insolvencia que se desarrollan en distintos Estados miembros de la Unión Europea, cuando afecten al mismo deudor o a sociedades integradas en el mismo grupo de sociedades, cuando ello sea compatible con las normas aplicables a cada uno de los procedimientos*”. Y en el texto, tanto su artículo 41, cuando dice: “*Dicha cooperación podrá adoptar cualquier forma, incluida la celebración de acuerdos o protocolos*”; como los artículos 42,3,e, referido a la cooperación y comunicación entre órganos jurisdiccionales; y art. 43, sobre la cooperación y comunicación entre los administradores concursales y los órganos jurisdiccionales. También en la regulación de la insolvencia de grupos se hacen repetidas referencias a ellos (arts. 56,1 y 57).

MARTINEZ FLORES⁵⁶⁴ considera los acuerdos o protocolos son estrictamente mecanismos de concreción de los deberes de cooperación que pesa sobre los administradores concursales y, en su caso, el deudor en posesión. Desde esta perspectiva, advierte de la necesidad de distinguir lo que es cooperación en un sentido estricto, de los actos o negocios jurídicos que los administradores concursales (o el deudor) pudieran llevar a cabo en cumplimiento o ejecución de dicho deber de colaboración se desarrolla o concreta a través del protocolo. Esta distinción permite concretar la naturaleza del protocolo en un sentido estricto (que no será sino concreción de un deber legal) y distinguirla de la naturaleza que se puede atribuir a aquellos otros actos o negocios en su ejecución, actos que podrían tener, desde luego, carácter contractual⁵⁶⁵.

Es esta una figura muy poco desarrollada en los sistemas continentales, pero más frecuente en los de *common law*. Se trata de un mecanismo de cooperación y comunicación entre administradores concursales y/o tribunales en supuestos de insolvencias transfronterizas a través de los que es posible llegar a acuerdos para el desarrollo ordenado de tales procedimientos⁵⁶⁶. Si se analizan los protocolos concluidos hasta ahora, que se enmarcan sobre todo en el ámbito extraeuropeo, se observa que generalmente están sujetos a aprobación judicial y que su contenido puede ser muy variado⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ MARTINEZ FLORES, A., Naturaleza y eficacia de los acuerdos y protocolos de insolvencia. *Jornada sobre instrumentos de cooperación en los procedimientos de insolvencia transfronterizos*, Madrid, 14 de febrero de 2020, disponible en <http://www.blog.fder.uam.es/2020/03/09/instrumentos-de-cooperacion-en-los-procedimientos-de-insolvencia-transfronterizos-acuerdos-y-protocolos/>.

⁵⁶⁵ A este respecto, destacó que, cuando los administradores concursales concluyen un protocolo lo hacen en nombre propio, vinculándose personalmente, en la parte en la que el protocolo desarrolle el deber de cooperación, pero intervendrán en nombre de la masa (o del deudor) vinculando a esta última, respecto de aquellos contenidos de naturaleza negocial que suponen actos de administración o disposición de los activos de la masa.

⁵⁶⁶ Sobre los protocolos, MOUSTAIRA, E., *International Insolvency Law*, Springer, Cham, 2019, pp. 107-118; KAMALNATH, A., “Cross border insolvency protocols: a success story”, *International Journal of Legal Studies and Research*, vol. 2, núm. 2, 2013, pp. 172-190. MALTESE, M., Court-to-court Protocols in Cross-border Bankruptcy Proceedings: Differing Approaches between *Civil Law and Common Law Legal systems*, [https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/maltese_michele%20 submission.pdf](https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/media/maltese_michele%20submission.pdf). Entre nosotros, ESPINIELLA MENENDEZ, A., “Los protocolos concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, pp. 165-199.

⁵⁶⁷ A título de ejemplo, el primero del que se tiene noticia, el Protocolo Maxwell, celebrado entre los administradores de un procedimiento abierto en Nueva York y los de otro abierto en Londres y que trataba de coordinar la insolvencia de dos sociedades del mismo grupo, incluye un acuerdo de las partes para nombrar un administrador concursal común a ambos procedimientos y, además, un supervisor facultado para la aprobación de algunas de sus decisiones (otras debían ser aprobadas por los respectivos tribunales); del mismo modo, el administrador debía informar al supervisor acerca de cualquier hallazgo relativo a los

El contenido de los protocolos debe abordarse teniendo en cuenta su finalidad, las partes del mismo y su carácter genérico o específico⁵⁶⁸. Desde esta perspectiva, cualquier medida destinada a facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia puede pactarse en el marco de un protocolo concursal⁵⁶⁹.

Los *contenidos* estándar giran en cuatro ejes: a) un preámbulo, en el que se mencionen las partes, antecedentes, génesis de la insolvencia, definición de objetivos (alcance y finalidad); b) un primer bloque dedicado a las medidas relativas a la coordinación de los procedimientos de insolvencia que se siguen frente a un mismo deudor; c) un segundo bloque relativo a las medidas relativas a la gestión de la actividad del deudor (ej. reorganización empresarial, cese de una o varias ramas de actividad, etc.); d) y unas reglas sobre la aplicación del propio protocolo (eficacia, resolución de controversias sobre interpretación y alcance, etc.).

En cuanto a *los límites al contenido* de los protocolos, éstos no pueden modificar el Derecho sustantivo aplicable a cada procedimiento; ni permiten a las partes eludir o aplazar el cumplimiento de sus obligaciones; ni afectar al régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones concursales⁵⁷⁰.

acuerdos financieros entre miembros del grupo y se preveía que la aprobación de los tribunales era necesaria para disponer de activos u obtener refinanciación por encima de cierta cuantía. En otros casos los acuerdos han previsto la obligación de que se celebraran reuniones periódicas de los administradores concursales de las sociedades implicadas, o, incluso, la posibilidad de que las partes celebraran acuerdos acerca de los tribunales –de los que conocían de los concursos respectivos– a los que acudir cuando la materia lo justificara, o sobre el reconocimiento automático de las resoluciones de uno de los concursos en el otro, entre otros.

⁵⁶⁸ FLORES SEGURA, M., Contenido y límites de los acuerdos y protocolos de insolvencia en el concurso de un único deudor, “*Jornada sobre instrumentos de cooperación en los procedimientos.....*”, citada.

⁵⁶⁹ Los protocolos se analizan asimismo en la Guía Práctica sobre cooperación en Insolvencias transfronterizas de Uncitral, destinada a promover el uso de la Ley modelo *on Cross Border Insolvency* (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation, Preamble y UNCITRAL Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation, 2009. Disponible en http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_eng.pdf).

⁵⁷⁰ De ahí que FLORES SEGURA, M., en “*Contenido y límites de los acuerdos y protocolos de insolvencia.....*”, citada, afirma que “*El deber de cooperación es un deber de segundo grado, que ha de ceder ante cualquier otra obligación impuesta por el Reglamento o los Derechos nacionales*”.

COHEN BENCHETRIT⁵⁷¹ hizo hincapié en la importancia que están llamados a adquirir en un futuro cercano los protocolos y acuerdos para resolver algunos de los principales problemas que suscitan las insolvencias transfronterizas⁵⁷².

4 Selección del administrador

En España, el tema de la selección y nombramiento de los administradores concursales ha sido controvertida desde la aparición de la Ley concursal, ya que su nombramiento es facultad discrecional del juez, aspecto que acarrea numerosas críticas, algunas veces más que justificadas (sobre todo en el periodo de 2009 a 2011), en el que ante la avalancha de concursos los jueces se vieron obligados a seleccionar y nombrar a personas, que aun reuniendo las condiciones legales establecidas, no siempre eran personas suficientemente formadas para desempeñar con eficiencia las funciones encomendadas a la administración concursal.

En este contexto, la segunda medida indicada por la Directiva para aumentar la eficiencia de los procedimientos de restructuración, insolvencia y exoneración de deudas consiste en que las condiciones de admisibilidad y el procedimiento para el nombramiento de administrador concursal, han de ser *claros, transparentes y justos*⁵⁷³, por lo que debemos preguntarnos el alcance de dichos términos.

- a) Por *claro*, debemos entender que el procedimiento para seleccionar a quien deba nombrarse administrador, no sólo deberá estar perfectamente fijado en la norma, y no dejarse al arbitrio de nadie, sino que deberán poderse deducir sin dificultad de la

⁵⁷¹ COHEN BENCHETRIT, A., en la “*Jornada sobre instrumentos de cooperación en los procedimientos de insolvencia transfronterizos*”, Madrid, 14 de febrero de 2020.

⁵⁷² La Comisión Europea está financiando Proyecto de Investigación “*Transnational Protocols: A Cooperative Tool For Managing Cross-Border Insolvency*”, coordinado por la Università degli Studi di Roma La Sapienza, y en el que participan cuatro universidades de varios países europeos (Roma y Verona en Italia, Halle en Alemania y la Universidad Autónoma de Madrid), cuyo objetivo principal es analizar los protocolos entre administradores concursales y jueces en los procedimientos de insolvencia transfronterizos y preparar un modelo de “protocolo de cooperación” y unas *guidelines* explicativas de dicho modelo. La finalidad es facilitar a los operadores instrumentos a través de los cuales se concrete la forma de cumplir con las obligaciones de cooperación que resultan del Reglamento Europeo de Insolvencia y, en su caso, de los Derechos nacionales.

⁵⁷³ Así lo establece el apartado b), del punto 1 del artículo 26 de la Directiva.

misma por lo que, al transponer la Directiva, las respectivas legislaciones deberán establecer con claridad el sistema de selección⁵⁷⁴.

Un procedimiento de selección es claro, cuando sea suficiente la comprobación de la concurrencia del hecho previsto, sin que sea necesario acudir a mayores interpretaciones. A este respecto debemos traer a colación el artículo 3.1 del código civil, según el cual las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

- b) Para conocer el alcance del término *transparente* hemos de remontarnos a las previsiones de la propuesta de Directiva de fecha 22 de noviembre de 2016, la que en su artículo 26.1⁵⁷⁵ utilizaba la expresión “*predecible*” por lo que el legislador europeo se refería a que el procedimiento debía estar perfectamente regulado y definido.

Al sustituir la Directiva el término “*predecible*” por el de “*transparente*”, pretende abarcar un campo más amplio, ya que no debe referirse únicamente a que debe estar perfectamente regulado, sino también que en dicho procedimiento puedan tener voz los deudores, acreedores, trabajadores o juntas de acreedores, todo ello sin perjuicio

⁵⁷⁴ En nuestra legislación habrá que esperar al desarrollo reglamentario al que se refiere la Disposición Transitoria segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, puesto que hasta que dicho desarrollo reglamentario se produzca, permanece en vigor el artículo 27 de la Ley concursal, en redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (Disposición transitoria única del TRLC), que solo se exige para ser nombrado administrador concursal, que se reúna alguna de las siguientes condiciones: 1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho Concursal. 2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal. También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

⁵⁷⁵ El artículo 26.1 de la Propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016, disponía que “*los Estados miembros velarán por que el procedimiento para el nombramiento, la revocación y dimisión de los administradores encargados de la reestructuración, la insolvencia y la segunda oportunidad sea claro, predecible y justo.*”

de que se pueda establecer un método de publicidad, a través del empleo de las nuevas tecnologías⁵⁷⁶.

- c) En cuanto al empleo del término *justo*, que se ha mantenido en todo el proceso legislativo, podría referirse únicamente a los supuestos de revocación y dimisión, ya que todos los nombramientos son justos, porque deben corresponder a las condiciones y sistema previamente fijado en la Ley. Como es sabido, el legislador europeo considera que la revocación y la dimisión de un administrador concursal deben corresponder a causas justas y debidamente tasadas. Solo así se comprende la introducción de esa expresión en la Directiva.

A diferencia del texto definitivo, la propuesta de Directiva de 2016, no contenía ninguna propuesta relativa al sistema que debía emplearse para seleccionar a los administradores, limitándose a decir que deben recibir la formación inicial y complementaria necesaria para garantizar que sus servicios se prestan de forma eficaz, imparcial, independiente y competente en relación con las partes. No obstante, la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios⁵⁷⁷, consideró que el mejor sistema de selección era el de elaborar una lista corrida de administradores, ya que todos ellos deben tener la misma formación⁵⁷⁸.

En el momento actual, el Considerando 88 de la Directiva ofrece tres opciones de selección de administrador (aunque estas opciones no se han incorporado al articulado del Texto legal) a saber:

- a. la designación directa por parte de la autoridad judicial o administrativa, partiendo de una lista que contendrá a todos aquellos que puedan ejercer el cargo.

⁵⁷⁶ El Considerando 87 de la Directiva establece que los Estados miembros deben velar asimismo porque los administradores [...] *“sean nombrados de manera transparente teniendo debidamente en cuenta la necesidad de garantizar la eficiencia de los procedimientos.”*

⁵⁷⁷ En el Dictamen (opinión) emitido en fecha 7 de diciembre de 2017.

⁵⁷⁸ La Comisión de asuntos económicos y monetarios, consideraba que el texto de la Propuesta de Directiva debía modificarse para incluir en ella que *“los Estados miembros también garantizarán la disponibilidad de una lista pública de administradores y mediadores registrados para que sea más fácil animar a los deudores a obtener protección por medios contractuales, aparte de los medios requeridos por la presente Directiva”*.

- b. la designación por otros métodos, como la selección aleatoria mediante un programa informático, siempre que se garantice que, al recurrir a dicho método, los conocimientos y la experiencia del administrador concursal se tengan debidamente en cuenta.
- c. que sean seleccionados por el deudor, por los acreedores o por una junta de acreedores, a partir de una selección previamente aprobada por una autoridad judicial o administrativa. En este caso, se puede otorgar al deudor, los acreedores o junta de acreedores, cierto margen de apreciación en lo que respecta a los conocimientos especializados y la experiencia del administrador que deba seleccionarse, para las necesidades del caso concreto de que se trate.

En Derecho español, existe una dualidad en la especialidad de la selección el administrador concursal, en función de si se trata de un concurso directamente instado por un deudor persona jurídica, o por un deudor persona física que inste un acuerdo extrajudicial de pagos que posteriormente puede desembocar en un concurso⁵⁷⁹. Pasamos a examinar las distintas posibilidades.

4.1 Selección directa por la autoridad judicial o administrativa

El artículo 26 de la Directiva sienta la premisa principal de que los administradores concursales deben ser nombrados directamente por la autoridad judicial o administrativa⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ El artículo 631 del TRLC establece que: “El deudor, persona natural o jurídica, en situación de insolvencia actual o inminente, que no hubiera sido declarado en concurso, podrá solicitar el nombramiento de un mediador concursal para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores”, añadiendo el artículo 632 TRLC que, si el deudor fuera persona natural, será necesario que la estimación inicial del valor del pasivo no sea superior a cinco millones de euros. En el caso de persona jurídica, el art. 633 TRLC añade al requisito mencionado los siguientes: que el valor del activo no sea superior a cinco millones de euros, o que tenga menos de cincuenta acreedores, siempre que, en todo caso, acredite disponer de activos suficientes para pagar los gastos propios de la tramitación del expediente.

⁵⁸⁰ Apostillando el Considerando 87 de la Directiva que “Los Estados miembros deben velar asimismo por que los administradores en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que sean nombrados por las autoridades judiciales o administrativas (en lo sucesivo, «administradores concursales»)”.

Este sistema es por el que ha optado nuestra Ley. La exposición de motivos de la Ley concursal⁵⁸¹ establecía que la selección de administradores concursales es facultad exclusiva y excluyente del juez, destacando que la *Ley concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, manifestándose sus facultades discrecionales en cuestiones tan importantes como el nombramiento de los administradores concursales.*

En la Ley 22/2003, de 9 de julio, era el juez quien debía seleccionar a la persona que considerase oportuno de entre quienes, reuniendo las condiciones legales, hubieran manifestado su disponibilidad para el desempeño de tal función al Registro Oficial de Auditores de Cuentas o al correspondiente colegio profesional, en el caso de los profesionales cuya colegiación resultaba obligatoria, pudiendo darse el caso, inclusive, de que un sujeto pueda inscribirse en varias listas a la vez⁵⁸². No se requería ningún orden concreto, ni se establecían condiciones objetivas para el nombramiento de uno u otro administrador, bastaba con estar incluido en las listas que se le facilitaban al juez, para que una persona pudiese ser seleccionado y nombrado administrador.

Frente al criterio de la discrecionalidad del juez por el que se decantó el legislador de 2003, la Ley 38/2011, de 10 de octubre optó por un nuevo sistema de “*distribución equitativa de designaciones*”⁵⁸³. No empleaba el legislador una fórmula imperativa, sino un criterio flexible en el que, *a priori*, el juez, atendiendo a un reparto equitativo, tenía

⁵⁸¹ La Exposición de Motivos IV de la Ley 22/2003, de 9 de julio, recogiendo los antecedentes del Borrador de la Comisión General de Codificación, presentado en septiembre de 2000; así como del Anteproyecto de 7.09.2001, y del posterior Proyecto, de julio 2002, establece que: Además, la Ley Concursal concede al juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias de cada caso. Las facultades discrecionales del juez se manifiestan en cuestiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración concursal; la ampliación de la publicidad que haya de darse a la declaración de concurso y a otras resoluciones de interés de terceros; la acumulación de concursos; *el nombramiento, la separación y el régimen de funcionamiento de los administradores concursales*; la graduación de los efectos de la declaración de concurso sobre la persona del deudor, los acreedores y los contratos; la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de créditos.

⁵⁸² DE LA CRUZ BÉRTOLO, J. M^a., “Artículo 27”, en VV.AA *Comentarios a la legislación concursal*, PULGAR EZQUERRA/ ALONSO UREBA / ALONSO LEDESMA /ALCOVER GARAU (dirs.), tomo I, p. 542.

⁵⁸³ Dando nueva redacción al artículo 27, que es el actualmente vigente, por así disponerlo la Disposición Transitoria Única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

ciertas posibilidades de maniobra escogiendo al administrador que mejor se adaptara, por su formación o experiencia, al concurso en cuestión⁵⁸⁴, por lo que parece inclinarse por un sistema de selección consistente en una lista corrida de entre los postulantes⁵⁸⁵.

El criterio de equidad ya se encuentra presente en nuestro Derecho (ex. art. 3.2 del Código civil)⁵⁸⁶, si bien debemos considerar dos cuestiones: a) que la misma se descarta con carácter general, como fuente del derecho y se reduce a criterio de aplicación de la norma, en la búsqueda de la justicia del caso concreto, evitando que la aplicación estricta y sin contemplaciones del derecho (*ius strictum, summum iuris*) pueda generar la máxima de las injusticias (*suma iniuria*); b) y que resulta llamativo el verbo empleado, pues se limita a indicar que “*se procurará*” esa distribución equitativa⁵⁸⁷.

La equidad de la selección aparece formulada en la Ley concursal como un mero *desiderátum*⁵⁸⁸. Naturalmente, esto no implica que todos los sujetos que aparezcan en los

⁵⁸⁴ En esta misma dirección se formulan las enmiendas nº 52 del Grupo Parlamentario “Entesa pel Progrés de Catalunya” y nº 100 del Grupo Parlamentario Socialista (redactadas en idénticos términos y publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, X Legislatura, de 8 de septiembre de 2014, núm. 392, pp. 37-38 y p. 66. al art. 27.5 LC: «*La designación del administrador concursal recaerá en la persona física o jurídica del listado de la sección cuarta del Registro Público Concursal que determine motivadamente el Juez del concurso. Para su elección, el juez deberá tener en cuenta los criterios que se establecerán reglamentariamente. Estos criterios atenderán, entre otros, a la especialización o experiencia previa acreditada en el sector de actividad del concursado, medios y estructura necesaria para la tramitación del concurso y la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales*»).

⁵⁸⁵ PONS ALBENTOSA, L., “La Administración concursal” en VV.AA. *Tratado Judicial de la Insolvencia*. PRENDES CARRIL-MUÑOZ PAREDES (Dir.), Aranzadi, Zizur Menor, (Navarra) 2012, tomo I, p. 710, manifiesta que: “La polémica aparece cuando se intenta comprender que entiende el legislador cuando dice que el juez procurará una distribución equitativa de las designaciones. En cualquier caso, esta nueva forma de enfocar los criterios objetivos a seguir por parte del juez del concurso no parece que sea ni el lugar de una Ley, ni tampoco se acierta con las supuestas pretensiones de eficiencia e interés del concurso, con asegurar mercados competitivos abiertos entre el colectivo de administradores concursales profesionales. En última instancia, las circunstancias concretas de cada caso acabarán dictando el mejor criterio a la hora de aplicar parámetros orientadores y de decisión a la designación concreta llevada a cabo. La experiencia internacional nos dice que el problema no reside en la función judicial del nombramiento, sino en la conformación adecuada de un colectivo con suficiente información técnica de alcance de los mismo”.

⁵⁸⁶ Así el artículo 3.2 del Código Civil, dispone que “*La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita*”.

⁵⁸⁷ FUENTES DEVESA, R., “*La designación por turno. La designación judicial*.”. *La administración Concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*. ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (Coord.), p. 195.

⁵⁸⁸ Según el art. 27.4 de la Ley concursal actualmente en vigor: “*Los administradores concursales profesionales se nombrarán por el juez procurando una distribución equitativa de designaciones*”.

listados deban ser nombrados el mismo número de veces. Lo que pretende la norma es que las designaciones sean equilibradas, de manera que no todos los grandes concursos recaigan sobre las mismas personas y que, si existen posibilidades, no se repitan nombramientos. El problema, a entender de FUENTES DEVESA⁵⁸⁹ radica en que, en la práctica, estas listas están hipertrofiadas. Para incentivar la profesionalización y la competitividad, el propio legislador prevé excepciones (art. 27.4-1.º y 2.º LC, en la redacción anterior a la Ley 17/2014). El problema del sistema de listados es que los decanatos no los nutren porque carecen de recursos y, por ello, acaban consolidándose. Además, en esos listados no consta información relativa al número de concursos tramitados por cada administrador concursal. En definitiva, se trata de un panorama sombrío, transitorio y en el cual siempre quedan sospechas relativas a la corrección del nombramiento.

Ahora bien, la regla general, tenía sus excepciones, así:

- i. Apreciándolo razonadamente, el juez “*puede*” designar a unos concretos administradores concursales cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso. (Regla excepcional 1ª)⁵⁹⁰.
- ii. Para concursos ordinarios “*debe*” designar obligatoriamente a quienes acrediten su participación como administradores o auxiliares delegados en otros concursos ordinarios o, al menos, tres concursos abreviados, salvo que el juez considere, de manera motivada, idónea la formación y experiencia de los que designe en atención a las características concretas del concurso. (Regla excepcional 2ª).

⁵⁸⁹ FUENTES DEVESA, R., “La designación por turno. La designación judicial”. Conferencia impartida en: *La Administración concursal. VII Congreso español de Derecho de la Insolvencia*. ROJO-GALLEGOCAMPUZANO (Dir.), Thomson Reuters Civitas, Madrid, 21 mayo 2015.

⁵⁹⁰ Se viene a reconocer así que el listado “*per se*” no colma las exigencias de preparación y cualidades profesionales en todos los casos, y que los procesos en los que se presuma complejidad, se pueden elegir a unos concretos administradores atendida su experiencia o formación especiales, fundamentalmente cuando se precisen para asegurar la continuidad empresarial.

Resulta destacable la discrecionalidad del juez, y los tiempos verbales que emplea la norma, ya que en la regla 1ª utiliza el facultativo “*podrá*” y en la regla segunda el imperativo “*deberá*”, ambos con la misma finalidad de constituir excepciones a la norma general del sistema que asegure la distribución equitativa de designaciones⁵⁹¹.

La reforma de 2011 remarca el principio de distribución equitativa, estableciendo un criterio de mera equidad, pero adolece de falta de concreción. No se impone un criterio de designación por lista corrida ni se establece un criterio realmente objetivo de designación, dejando en la práctica en libertad al Juez para que pueda efectuar libremente el nombramiento amparándose en que el, o los nombrados, poseen una experiencia, unos conocimientos o una formación especiales, vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial, o que se puedan deducir de la complejidad del concurso.

Este sistema tiene por regla general la designación judicial equitativa, conforme a la cual solo se puede nombrar como administrador concursal a quien aparezca en los listados que elabora el juzgado decano con los listados que, a su vez, remiten los distintos colegios profesionales. Sin embargo, ante la carencia de medios y recursos con los que cuenta el decanato, no se comprueba si los candidatos reúnen los requisitos necesarios (algo que deberían realizar los colegios profesionales). A partir de esos listados, se realiza una “selección equitativa”, cuyo límite máximo son tres concursos en dos años.

Varios autores consideran más apropiado el sistema de sorteo⁵⁹². Entienden que dicho sistema evitaría el nombramiento arbitrario y reiterado de los mismos sujetos para la

⁵⁹¹MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”, en VV.AA., *Estudios sobre la Ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, tomo II, p. 1402, aboga por otro procedimiento de nombramiento, en concreto uno de sorteo equivalente al previsto en la LEC para el nombramiento de peritos.

⁵⁹² Sobre la conveniencia del sistema de sorteo, se manifestó, MAGRO SERVET, V., “El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de los mercantil”, *Diario La Ley*, nº 5443, 2001; y, con posterioridad, “La administración judicial. Desde el borrador al Proyecto de Ley Concursal”, *Diario La Ley*, nº 5607, 2002). En el mismo sentido, se pronunció GURREA CHALÉ, A., “*La administración concursal: sus funciones*”, Albolote (Granada), Comares, 2004, p. 9, según este autor, “*si se hubiese querido ser más rígido o tal vez más justo, dicha designación se podría haberse acogido a lo previsto en la Ley de enjuiciamiento civil para la designación de peritos*”, la doctrina mayoritaria, en cambio, se posicionó a favor de que el nombramiento fuera fruto de la decisión discrecional y ponderada del juez. Sirva de prueba las referencias bibliográficas que a tal efecto incluyó en su estudio FUENTES DEVESA, R., “La designación por turno. La designación judicial.”, en ROJO, GALLEGOS y CAMPUZANO (dirs.), *La administración concursal: VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor

gestión de los concursos más rentables y que se ganaría, en consecuencia, transparencia; en segundo lugar consideran que se facilitaría el nombramiento de todos aquellos que hubiesen obtenido la habilitación para el desempeño del cargo recientemente, lo cual, no están fácil en un sistema de designación discrecional en que el juez, sin mala fe, podría ignorar quienes son los nuevos sujetos que aspiran al cargo e incidir, consecuentemente, en una indeseable reiteración en el nombramiento de los más veteranos; por último, en tercer lugar, e íntimamente relacionado con el anterior, si se optase por un sistema de sorteo quedaría garantizado un reparto ecuánime para la gestión de las crisis empresariales.

Quienes se oponen al sistema de designación por turno correlativo⁵⁹³ se apoyan fundamentalmente en las ventajas que el viejo sistema presentaba, permitiendo que el órgano elector, en atención a las circunstancias del caso concreto, elija de entre todos los candidatos posibles aquel que presumiblemente vaya a estar mejor capacitado. Este sector doctrinal considera que el cambio radical de sistema no es la mejor opción para eliminar las conocidas corruptelas y que hubiera bastado con una serie de medidas alternativas, tales como: el aumento de la transparencia en el procedimiento de selección⁵⁹⁴, la inclusión de nuevas causas de inelegibilidad⁵⁹⁵ o la posibilidad de revocar dicho nombramiento por los acreedores⁵⁹⁶.

(Navarra), Aranzadi, 2016, p. 191, Nota: 2, que tan solo constituyen una pequeña muestra de los múltiples pronunciamientos habidos al respecto

⁵⁹³ Refleja este espíritu crítico, por la contundencia de sus consideraciones, el profesor GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., “Sobre el fracasado estatuto de la administración concursal”, *Consejeros: la revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, nº 112, 2016, p. 17, según el cual, “es una auténtica barbaridad que la Ley 17/2014 haya establecido un sistema de designación por turno correlativo de dicha lista a partir de un sorteo inicial, eliminando la facultad de libre elección de que gozan los jueces de lo mercantil, mostrando una desconfianza injustificada en el uso de dicha facultad discrecional por estos funcionarios. [...] Afortunadamente, este nuevo sistema no ha llegado a aplicarse todavía”. Comparten opinión, entre otros, CASANELLAS BASSOLS, R., “El nuevo estatuto de la Administración Concursal”, *Legaltoday.com*, 29 de octubre de 2015; y DE LA MORENA SANZ, G., “La Administración Concursal como profesión: especie en peligro de extinción”. Disponible en https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2015-08-24/la-administracion-concursal-profesionalizada-especie-en-peligro-de-extincion_980998/

⁵⁹⁴ FUENTES DEVEZA, R., “La designación por turno. La designación judicial.”. *La administración Concursal. VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*. ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (coord.), p. 192.

⁵⁹⁵ TOMÁS TOMAS, S., “La profesionalización de la administración concursal en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y su proyecto reglamentario”, *Anales de Derecho. Revista de la Universidad de Murcia*. Murcia, 2015, p. 10.

⁵⁹⁶ DE LA MORENA SANZ, “La Administración Concursal como profesión: especie en peligro de extinción”, op. cit.

La doctrina mayoritaria, sin embargo, se ha inclinado por considerar como el más conveniente, el sistema de designación judicial discrecional, que permitiese valorar en la elección las circunstancias concurrentes en cada caso concreto en aras a lograr que el designado se ajustase a las mismas, y pudiese desarrollar en las mejores condiciones las funciones encomendadas⁵⁹⁷.

El Texto refundido realiza una corrección técnica a la previsión contenida en el artículo 27.5 de la Ley concursal, relativa al nombramiento de administrador concursal para los casos de concursos conexos y acumulados, manteniendo la posibilidad del nombramiento de una administración única, pero sustituyendo la expresión “*en la medida en que ello resulte posible*” por la de “*cuando resulte conveniente*”, eludiendo con ello expresiones redundantes, y siendo la del texto refundido más afortunada que la anterior, por cuanto siempre resulta posible su nombramiento porque depende de la única voluntad del juez, y la conveniencia del nombramiento es lo que debe valorarse por el juez, habida cuenta del estado del concurso, y de la solución que se plantee, ya que no es lo mismo la solución conservativa que la liquidatoria⁵⁹⁸.

En el supuesto de acumulación de concursos ya declarados, el juez que conozca de los procedimientos concursales acumulados podrá nombrar *de entre las existentes* una única administración concursal, lo que supone una nueva excepción a la regla general de

⁵⁹⁷ ETXARANDIO HERRERA, E., “Manual de derecho concursal. La Ley” (2ª edición), 2009, p. 309; JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal nombramiento y cese”, Enciclopedia Concursal, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 206; TIRADO MARTI, I., “Aspectos controvertidos del régimen jurídico de los administradores concursales. La nueva Ley Concursal”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 59, 2004, p. 120 y ss.; GARNICA MARIN, J., “Aspectos procesales de la Ley Concursal. La nueva Ley Concursal”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 23, 2003, p. 200; PRADA GAYOSO, F., “La administración concursal. La Ley Concursal”. Número especial XVIII de *Revista del Poder Judicial*, 2004, p. 65-66; GOMEZ MARTIN, F., “Comentario al artículo 27” en *Tratado práctico concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 625 y ss.; VICENTE ILLESCAS, A., “Comentario al artículo 27” en *Derecho concursal práctico*, La Ley-Iurgium editores, 2004, p. 165; JOSE VELA, J. y RAFAEL SARAIZA., “La administración concursal en las diferentes fases del procedimiento de concurso”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, Año XIV, núm. 641, 21 de octubre de 2004; SENENT MARTINEZ, S., “Comentario del artículo 27” en *La nueva regulación concursal*, Colex 2004, p. 129; VERDU GARCIA, J., “Órganos del concurso: la administración del concurso”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, 2004; PONS ALBENTOSA, L., “La administración concursal. Tratado judicial de la insolvencia”, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, p. 710; y DE CASTRO ARAGONESES, J., “La administración concursal. Derecho concursal”, Tirant Lo Blanch, 2012, p. 122.

⁵⁹⁸ VAZQUEZ PIZARRO, M.T., “Artículo 59”, en “*Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley Concursal*”. VV.AA. PEINADO GARCIA-SANJUAN MUÑOZ (dir.), editorial Sepin, Madrid 2020, tomo I, p. 453.

selección por turno correlativo proclamada por el artículo 62 TRLC, puesto que el seleccionado ya estará actuando en el concurso que acumula, y el administrador del acumulado, deberá cesar en el cargo.

4.2 Selección aleatoria

El Considerando 88 de la Directiva prevé que no se debe impedir a los Estados miembros que se seleccione a un administrador concursal por otros métodos, como la selección aleatoria, mediante un programa informático, siempre que se garantice que, al recurrir a dichos métodos, los conocimientos y la experiencia del administrador se tengan debidamente en cuenta.

Durante todo el trámite legislativo, resulta evidente que la Directiva persigue el fin de que todas las personas que se postulen para ser administradores concursales posean una mínima, pero igualitaria, formación y conocimientos. Si todos los administradores poseen la misma formación, da igual a quien se nombre, solo habrá que examinar su experiencia para poder asumir concursos concretos.

Partiendo de esa base, es mucho afirmar que la selección lo sea por un sistema de lista corrida o por un sistema informático aleatorio, o incluso por cualquier otro método que el legislador nacional considere, no presente tantos riesgos. Ahora bien, como en la tesis anterior, se debe procurar un justo equilibrio en la selección para evitar que unos administradores sean más seleccionados que otros.

El artículo 27 de la Ley Concursal, fue modificado nuevamente por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, que no ha entrado en vigor al no haberse aprobado su desarrollo reglamentario⁵⁹⁹, pero sus disposiciones han sido recogidas en gran parte por el Texto refundido de la Ley concursal. El artículo 62.1 de dicho texto, establece que la designación se efectuará por turno correlativo, pero con excepción de que en los

⁵⁹⁹ Disposición transitoria segunda de la citada norma, y Disposición Transitoria única del texto refundido de la Ley concursal. Recordemos que hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario, continúa vigente el artículo 27 de la Ley concursal, en redacción dada por la Ley 38/2011.

concursos de gran tamaño, el juez, de manera motivada, podrá designar a un administrador concursal distinto del que corresponda al turno correlativo cuando considere que el perfil del administrador alternativo se adecua mejor a las características del concurso. El juez deberá motivar su designación atendiendo bien a la especialización o experiencia previa acreditada por el nombrado en el sector de actividad del concursado, bien a la experiencia con instrumentos financieros empleados por el deudor para su financiación o con expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales. Ahora bien, se sobreentiende que la designación por turno correlativo se hará de forma manual por el juez conforme a un criterio objetivo, lo que nada impide que sea un proceso informático el que aleatoriamente efectúe la primera designación, continuándose con los sucesivos en orden.

Quienes defienden el sistema aleatorio de designación⁶⁰⁰ avalan su postura en que posee como ventajas indiscutibles el ahorro de tiempo y las garantías de objetividad y equidad en todos los nombramientos, y el inconveniente de que la gestión de un concurso sea encomendada al administrador idóneo queda en manos del azar. Es por ello que un sistema de elección automatizado sólo será adecuado cuando quede garantizada la

⁶⁰⁰ En esta vertiente doctrinal destacan, entre otros, ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la proyectada reforma de la administración concursal”, *Revista Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, 2015, p. 10, cuyas consideraciones paso a transcribir: “En la Ley se abandona, con buen criterio, el sistema de nombramiento actualmente vigente [...] y se sustituye por una inscripción de los candidatos a administradores concursales en la sección cuarta del Registro Público Concursal, como forma objetivada de proporcionar al juez un marco de referencia [...], estableciéndose un nombramiento por turno correlativo”, si bien, esta misma autora, precisa, que “este sistema, en principio, puede llevarse a cabo con garantías de objetividad si se establece un marco adecuado que garantice la idoneidad de los que forman parte de una lista [...] lo que está íntimamente ligado al establecimiento de unos requisitos de alta cualificación técnica orientada a la gestión de crisis empresariales”; TOMÁS TOMAS, “La profesionalización de la administración”, op. cit., p. 10, según el cual, “el sistema de designación por sorteo puede funcionar cuando se cuenta con un cuerpo preparado y estable de administradores concursales cualificados. Actualmente, sin embargo, no concurre esa coyuntura. [...]. Más razonable nos parece, en cambio, mantener el actual sistema de designación judicial, [...], para progresivamente generar la estructura y formar el cuerpo de administradores concursales necesario con el que abastecer y garantizar el funcionamiento del nuevo modelo”; AMÉRIGO ALONSO, J., “La reforma pendiente de la administración concursal”, *Revista Auditores*, nº 23, 2016, p. 23 para quien “las premisas sobre las que pivota el nuevo modelo son acertadas, en la medida en que aspiran a reforzar la transparencia y objetividad del procedimiento de selección de los administradores concursales”; y, no sin reticencias, CARBONELL RODRÍGUEZ, F.G., “Designación, servicio público y transparencia”, en ROJO, GALLEGU y CAMPUZANO (dirs.), *La administración concursal: VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, p. 569 según el cual “es de agradecer el haber acabado con dicha facultad discrecional, aunque haya sido a costa de ir al otro lado del péndulo con un sistema de turno correlativo”

capacitación de todos cuantos entren en el sorteo. En definitiva, si lo que se pretende es implantar un sistema de estas características que no merme el interés concursal, habría que haber implantado, primero, un adecuado sistema de selección de los aspirantes, -que la Directiva proclama-. Ahora bien, incluso en el mejor de los escenarios de la profesionalización concursal, habría que tener presente que determinados concursos por sus características especiales de carácter bien cualitativo o cuantitativo, merecen ser una excepción a la regla general y, por ende, debiera permitirse al juez que, cuando concurren tales circunstancias y de forma debidamente motivada, pudiera nombrar discrecionalmente al administrador concursal que, a priori, parezca idóneo.

Los jueces deben conocer quiénes son especialistas en banca, quiénes, en derecho laboral, quiénes proceden del ámbito de restructuración de empresas, quiénes tienen gran experiencia en refinanciaciones, etc., sólo así podrán, apreciar razonadamente una concreta designación que se corresponda con la distribución equitativa que proclamaba el apartado 4 del art. 27 de la Ley concursal. De no hacerse así, el precepto se convertirá en una mera previsión programática sin efectiva aplicación práctica.

En opinión de DOMENECH ORTI⁶⁰¹ el sistema aleatorio de elección de administradores concursales introducido en la reforma de 2014, se aleja de la designación judicial que opera en la inmensa mayoría de los países de nuestro entorno y no fomenta precisamente, la preocupación por la excelencia y mejora profesional, al ser un sistema de mero sorteo y probabilidad. Quizás se pueden introducir “limitaciones” para impedir que el juez repita el nombramiento cuando concurren justas causas que a su juicio no hagan aconsejable el nombramiento. Considera que habría que volver al anterior artículo 27 de la Ley concursal de designación judicial, introduciendo las correspondientes correcciones y mejoras necesarias, ya que el hecho de consagrar un sistema de selección del administrador concursal aleatorio -salvo para los grandes concursos- puede producir una desmotivación de los profesionales.

⁶⁰¹ DOMENECH ORTI, X., “Funciones y tareas del administrador concursal”, *Practica concursal y soluciones a la crisis empresarial. III Foro concursal del ATP*, Bilbao 15 diciembre de 2016, disponible en <http://www.icjce-euskadi.com/IIIforoconcursal/XavierDomenech.pdf>.

Por el contrario, DEVESA FUENTES⁶⁰² considera que, si el sistema de turno correlativo es puro, se garantiza a ultranza la objetividad. Si, en cambio, se trata de un sistema corregido (de forma que, justificadamente y en determinados casos, el juez pueda apartarse del turno) se garantiza además la eficiencia. A efectos del nombramiento, es necesario determinar previamente el tamaño del concurso. Si se trata de un concurso de gran tamaño, será necesario que el juez compruebe qué administrador concursal correspondería por turno correlativo y determinar si su perfil resulta adecuado para el concurso en cuestión. Este juicio comparativo plantea diversos problemas. En primer lugar, es necesaria información para realizarlo; información que no suele estar al alcance de los jueces. En segundo lugar, en el caso de que el juez se decante por un administrador concursal distinto del que correspondería por turno correlativo, se produce un claro desvalor para el administrador concursal preterido (en la medida en que su nombramiento ha sido pospuesto por no reunir la formación o experiencia necesarias). El resultado es que, previsiblemente, los jueces evitarán estos problemas (que, de un modo u otro, vendrían a implicar una suerte de “ranking” judicial de administradores concursales) y el sistema derive, en la práctica, a un sistema puro de lista.

4.3 Selección por otros métodos

La Directiva considera que también puede seleccionarse a un administrador por *otros métodos* (de los que la selección aleatoria a la que acabo de referirme, constituye un ejemplo). Entonces cabe preguntarse cuáles son los otros métodos a los que puede referirse la Directiva.

En España, existe la experiencia práctica del llamado Turno de Actuación Profesional (TAP) creado por el Colegio Vasco de Economistas, la Agrupación territorial del País Vasco del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, y el Colegio de Titulados Mercantiles y Empresariales del País Vasco; y más recientemente, la propuesta conjunta realizada el 3 de abril de 2014 por el Ilustre Colegio de Economistas de Málaga, el Instituto de Censores Jurados de Cuentas de España (agrupación 11ª), el Ilustre Colegio de Abogados

⁶⁰² DEVESA FUENTES, “*La designación por turno.....*”. op cit.

de Málaga, y el Ilustre Colegio de Titulares Mercantiles de Málaga, que contempla un sistema mixto de nombramientos estableciendo dos grupos de deudores concursados respecto a los cuáles se utilizaría, en un caso un método de selección secuencial de los miembros; y en el otro, criterios de idoneidad curricular a partir de los parámetros curriculares que los distintos colegios profesionales facilitan junto a las listas de miembros aportados anualmente a los Juzgados de lo Mercantil⁶⁰³.

En la misma línea se pronunció el Consejo General de Economistas, para quien un sistema de designación completamente aleatorio puede contribuir a que se pierda el aliciente de mejora y eficiencia continua en el profesional administrador concursal, que

⁶⁰³ De acuerdo con este procedimiento, por el Juzgado Decano, se ha establecido que cada juzgado mercantil identificará cada solicitud de concurso, al objeto de ubicarlo en uno de los dos segmentos y así aplicarle un método determinado de selección de administradores concursales. De acuerdo con esto, los Juzgados de lo Mercantil de Málaga, de común acuerdo, han definido dos tipos de procedimientos concursales: 1. Los *Concursos de Complejidad*, entendiéndose por tales los que concurran alguna de las siguientes circunstancias, se hará uso de manera preferente de la designación totalmente discrecional en función de los criterios que el Magistrado entienda oportunos para lo cual hará uso de los datos de curriculum aportados por los profesionales: a) Concurso con activo o pasivo superior a los 3 millones de euros; b) Concurso con 10 o más trabajadores en activo, sin que se considere como tal aquéllos que únicamente estén en situación de alta en la empresa pero sin actividad real, normalmente casos de sociedad que llegan al concurso con la actividad paralizada; c) Concursos con 60 o más acreedores; d) Concursos de empresas vinculadas exista o no grupo a nivel jurídico, debido a la necesidad de nombrar un mismo administrador concursal para todas las empresas; e) Concursos con establecimientos, actividades, o bienes importantes, fuera del territorio nacional; f) Concursos de sociedades de participación pública; g) Concursos de sociedades que tengan encomendada la gestión de servicios esenciales para la población. 2. Los *concursos de baja complejidad*, entendiéndose por tales, los concursos en los que no concurra alguna de las circunstancias citadas *ut supra*, se considerarán de baja complejidad a los efectos de proceder a su nombramiento de manera preferente por el sistema secuencial aleatorio informático.

Al existir, por tanto, dos tipos de procedimientos concursales, existirán también, dos métodos diferentes de designación de administradores concursales. A saber: 1. *Selección de administradores para concursos de baja complejidad*. Para los concursos ubicados dentro de este segmento, el método de selección de miembros de las listas será el de designación secuencial de la lista utilizada a partir de un miembro al azar seleccionado por sorteo. Una vez realizado el sorteo de un miembro al azar, para los concursos sucesivos, la plataforma asignará de forma automática los miembros siguiendo un orden alfabético de forma indefinida. 2. Y *Selección de administradores para concursos de alta complejidad*. Para los procedimientos ubicados dentro de este segmento, el método de designación continuará siendo la libre elección del Administrador Concursal. Si bien, la selección del profesional será libre por el Juez Mercantil, ésta se hará teniendo en cuenta la idoneidad curricular del candidato, a partir de la información aportada por los Colegios Profesionales respecto de los miembros de sus listas. A tal fin, los Colegios Profesionales han aportado a esta plataforma, además de las listas de miembros que cumplen los requisitos del art 27LC, un desglose de información básica de éstos, relativa a: áreas de especialización; horas de formación continuas cursadas en el último año; número de procedimientos concursales en los que ha sido nombrado; y sectores de actividad de los concursos en los que ha sido designado.

un sistema de designación discrecional proporcionaría, al basar, el resultado de la elección en el ámbito de mera probabilidad.⁶⁰⁴

Mención aparte merece el nombramiento de administrador concursal en el concurso consecutivo. En nuestra legislación, el art. 695 TRLC considera concurso consecutivo el que se declare a solicitud del mediador concursal, del deudor o de los acreedores por la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, por incumplimiento del plan de pagos acordado, o como consecuencia de la anulación del acuerdo extrajudicial alcanzado, habiendo adicionado el texto refundido como una nueva modalidad, el subsiguiente fracaso de un acuerdo de refinanciación.

En el caso de concurso consecutivo, el juez debe nombrar administrador del concurso a quien fuese mediador concursal⁶⁰⁵, por lo que debemos acudir al proceso de selección del mediador concursal, a cuyo efecto los artículos 638 y 641 TRLC, disponen que la selección puede realizarla:

- El Registrador Mercantil del domicilio del deudor, en el caso de que sea empresario o entidad inscribible⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ Propuestas del Consejo General de Economistas, con apoyo técnico de su órgano especializado, el Registro de Expertos en Economía Forense (REFOR) al proyecto de Real Decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido Ley concursal, formuladas el 11 de abril de 2019. P. 10. Disponible en internet: <https://www.economistas.es/Contenido/REFor/notaaviso/PROPUESTAS%20DEL%20CGE%20AL%20PROYECTO%20DE%20RD LAPRUEBA%20TEXTOS%20REFUNDIDO%20DE%20LA%20LC.pdf>.

⁶⁰⁵ El art. 709 TRLC dispone que: “En el auto de declaración de concurso el juez nombrará administrador del concurso al mediador concursal, que reúna las condiciones establecidas para ese nombramiento, salvo que concurra *justa causa*.”

⁶⁰⁶ Cuando el deudor sea una persona natural, empresario o una persona jurídica inscribible en el Registro Mercantil, la solicitud se presentará o se remitirá telemáticamente al Registrador Mercantil del domicilio del deudor. Corresponde así al registrador Mercantil la tramitación de los expedientes en los que el deudor sea: a) una sociedad Mercantil u otra entidad inscribible en el Registro (Cfr. art. 81.1 del Reglamento del registro Mercantil), aunque no figura inscrita con antelación al momento de la presentación de la solicitud (recuérdese que la Ley 25/2005 eliminó del artículo 231.3.2º la falta de inscripción -cuando fuese obligatoria- de las circunstancias que impedían al deudor acceder a este procedimiento. Si el deudor no figura inscrito, el registrador procederá a la apertura de la hoja correspondiente, tanto en el caso para los deudores, cuya inscripción es obligatoria como para los que es potestativa. En el régimen anterior si el deudor estaba sujeto a inscripción obligatoria, su falta daba lugar a la inadmisión de la solicitud; b) una persona natural, empresario mercantil individual (la inscripción para los empresarios individuales es potestativa, a excepción del naviero. Cfr. Art. 19 Código de comercio), aunque tampoco figura inscrita con antelación; c) persona natural que no siendo empresario mercantil los efectos concursales de acuerdo con el apartado 3 del art. 638 TRLC.

- El Notario del domicilio del deudor, en el caso de que no sea empresario o entidad inscribirle⁶⁰⁷.
- Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación, cuando hayan asumido funciones de mediación de conformidad con su normativa específica y la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España en el caso de personas jurídicas o de persona natural empresario que haya dirigido la solicitud a dicho Organismo

Los Notarios y Registradores procederán a seleccionar a quien *de forma secuencial* corresponda de entre las que figuren en la lista oficial que se publica en el portal correspondiente del "Boletín Oficial del Estado", la cual es suministrada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

La escasa regulación sobre la comunicación que el Registrador mercantil o Notario hace de la selección del mediador concursal para que acepte el cargo, ha dado lugar a una práctica dispar no exenta de dudas, que en más ocasiones de los que sería deseable ha supuesto que se hayan frustrado desde su inicio los procedimientos para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha confirmado la incompetencia del Registrador Mercantil para designar mediador concursal cuando el solicitante sea una persona física, no empresario que no ejerza actividades profesionales o no sea trabajador autónomo en los siguientes términos: *"En efecto, del artículo 232.3 de la Ley concursal resulta que el Registrador Mercantil debe comprobar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 231",* así como *"los datos y documentación aportados por el deudor",* debiendo verificar en primer lugar, si el solicitante es empresario o entidad inscribible. Así corresponde al registrador Mercantil la competencia de designación de mediador concursal cuando el solicitante sea persona física que ejerza actividades profesionales, cuando ostente de la condición de empresario, de acuerdo a la legislación de la Seguridad Social, así como cuando ostente la condición de trabajador autónomo. Partiendo de todo ello, en el presente caso no resulta de la documentación aportada que el solicitante ostente condición que atribuya competencia a la registradora Mercantil. No nos encontramos ante ninguno de los supuestos reseñados para que la competencia del nombramiento corresponda a la registradora Mercantil. Como resulta de los hechos, el solicitante no acreditar su condición de empresario, sino exactamente lo contrario, al aportar copia de su contrato de trabajo por cuenta ajena, así como copia de las últimas nóminas. Consecuentemente, corresponderá el notario del domicilio del deudor llevar a cabo la designación y no al registrador Mercantil, como pretende el recurrente. Resolución de la DGSJyFP de 1 de julio de 2018 (La Ley 67695/2018).

⁶⁰⁸ Instrucción de la DGRN de 5 de febrero de 2018 relativa a la designación de mediador concursal y a la comunicación de datos del deudor para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y su publicación inicial en el portal concursal. MELERO BOSCH, L.V., "la designación de mediador concursal para la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pago/Comentario de instrucción DGRN de 5 de febrero de 2018", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 29, 2018, Wolters Kluwer.

Pero cuando la solicitud se haya dirigido a una Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación o a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España, es la propia Cámara quien asume las funciones de mediación, designando libremente sin sujeción a regla alguna, a una comisión encargada de mediación, en cuyo seno deberá figurar, al menos, un mediador concursal⁶⁰⁹.

Recuperan las Cámaras de Comercio de esta forma, su inicial función mediadora como contribución a la fluidez de la tutela de los jueces y tribunales⁶¹⁰, no obstante, en el desarrollo de las funciones público-administrativas, las Cámaras deben garantizar su imparcialidad, transparencia y la inexistencia de conflicto de interés⁶¹¹.

4.4 Selección por el deudor, los acreedores o por una junta de acreedores

Al igual que en el caso de selección aleatoria, la Directiva establece que los Estados miembros no deben impedir que los administradores sean seleccionados por el deudor, los acreedores o una junta de acreedores, siempre y cuando la selección se realice a partir de una lista o selección previamente aprobada por la autoridad judicial o administrativa⁶¹².

4.4.1 Selección por el deudor

⁶⁰⁹ Así lo establece el artículo 644.1 TRLC al disponer que “*Si el deudor persona natural empresario o la persona jurídica deudora hubiera presentado la solicitud ante una Cámara Oficial, la propia Cámara asumirá las funciones de mediación. El sistema de mediación desarrollado por las Cámaras deberá ser transparente y se deberá garantizar la inexistencia de conflicto de intereses. A tal efecto podrá constituirse una subcomisión de sobreendeudamiento u órgano equivalente, que deberá estar compuesto por, al menos, una persona que reúna los requisitos para ser nombrada mediadora concursal.*”

⁶¹⁰ Sobre la base de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras de Comercio, Industria, Servicios y Navegación (arts. 5.2 y 211.1.i)

⁶¹¹ Así lo establece la disposición adicional primera de la Ley de segunda oportunidad del artículo 5.7 de la Ley 4/2014, de 1 de abril, Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación. Al respecto, algunas cámaras restringen la incorporación y el nombramiento de mediadores al requisito de haber realizado la formación específica de mediación en la propia Cámara, lo que acota y cierra la posibilidad de prestación de servicio por otros mediadores de forma injustificada y anti concurrencial. De hecho, fue la Ley 5/2012, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles, en su disposición final segunda, la que modificó la hoy derogada Ley 3/1993, de 22 de marzo, “*para impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, de conformidad con lo establecido en la legislación vigente*”.

⁶¹² Considerando 88 de la Directiva.

La base legal para que un candidato sea *seleccionado por el deudor*, podemos extraerla de las disposiciones contenidas en el artículo 5, relativas al deudor no desapoderado. En el apartado 3 de dicho precepto se permite a los Estados miembros que establezcan disposiciones para el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, que asista al deudor y a los acreedores en la negociación y elaboración del plan.

Centrándome ahora en los casos del deudor no desapoderado, el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración (asumiendo los costes de su nombramiento), no se excluye la posibilidad de que sea el propio deudor quien proponga al juez una lista de personas que desea le asista en la negociación con los acreedores y en la elaboración del plan de reestructuración preventiva.

La lista de los candidatos, que bastaría con que fuese de un mínimo de tres personas o entidades, podría perfectamente elaborarla el deudor, incluyendo en ella, según los casos y la magnitud de la empresa, a los acreedores a los que adeuda mayor cantidad de dinero; a los acreedores con más experiencia en materia de reestructuración (por ejemplo, entidades financieras); a una firma de auditoría, despacho de abogados, etc., de reconocido prestigio; o incluso varias personas que estén desarrollando labores de administradores en materia de reestructuración, y de los que les conste su solvencia profesional.

La lista podría presentarse como uno más de los documentos de la solicitud, y debería exponer las razones por las que el deudor ha seleccionado a sus componentes.

El sistema de elección por el deudor solo entraña inconvenientes⁶¹³, por lo que prácticamente no es utilizado habida cuenta de la contraposición de intereses que existe entre los acreedores y el deudor y la posible influencia que éste puede ejercer sobre la administración concursal, en el caso de que sea quien la nombre, todo ello, en detrimento de los demás acreedores, y fundamentalmente a la hora de poder exigir responsabilidades

⁶¹³ Vid. STANGHELLINI, L., “*Creditori “forti” e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali*”, en *Il Fallimento*, 2006, pp. 377 y ss.

al deudor o a sus administradores sociales por la conducta que les ha llevado a la situación de insolvencia⁶¹⁴.

4.4.2 Selección por los acreedores

De igual forma pueden ser *los acreedores* los que confeccionen y presenten al juez una lista para que elija de entre ellos, quien debe ser el administrador. Esto podría suceder cuando la solicitud de concurso va acompañada de una propuesta de convenio ya aceptada por uno o varios grupos de acreedores; o, en los casos en que la mayoría de acreedores solicite al juez el nombramiento de administrador en materia de reestructuración, corriendo por su cuenta y cargo los costes que ello suponga⁶¹⁵

De los acreedores depende que un convenio o un plan de reestructuración pueda ser aprobado, por lo que tampoco existe inconveniente alguno en que la mayoría de ellos efectúen la selección, y le propongan al juez una lista para que elija a cuál nombrar. Esta selección pueden plantearla la mayoría de acreedores, bien de forma conjunta o bien constituidos en junta de acreedores, incluso antes de la solicitud de concurso, sobre todo en materia de reestructuración.

La Ley concursal alemana otorga a los acreedores una influencia considerable sobre los procedimientos concursales. Los acreedores ejercen sus derechos a través de la junta de acreedores⁶¹⁶ o un comité de acreedores⁶¹⁷ que la junta de acreedores puede designar de forma opcional⁶¹⁸. El comité participa en el nombramiento del administrador concursal y en la decisión sobre si se debe ordenar la administración del deudor en posesión (artículos 56a, 270, apartado 3, InsO)⁶¹⁹

⁶¹⁴ Una excepción lo constituye el Reino Unido, en donde en el procedimiento de *Winding-up* voluntario el liquidador puede ser nombrado por el propio deudor, es decir, por la junta general de socios que decide iniciar el procedimiento.

⁶¹⁵ Artículo 5.3.c, de la Directiva.

⁶¹⁶ Gläubigerversammlung, artículos 74 y ss. InsO

⁶¹⁷ Gläubigerausschuss.

⁶¹⁸ Artículos 67 y ss., InsO.

⁶¹⁹ La junta de acreedores es el órgano central a través del que los acreedores toman sus decisiones, mientras que el comité de acreedores es un órgano a través del cual ejercen la supervisión. La junta de acreedores se convoca por el tribunal concursal (artículo 74, apartado 1, primera frase, InsO), que también la preside (artículo 76, apartado 1, InsO). Todos los acreedores preferentes, todos los acreedores ordinarios, el

Esta posibilidad de selección por parte de los acreedores constituidos en junta o no, era el habitualmente empleado por la legislación española hasta la entrada en vigor de la Ley concursal. Así en los procedimientos de quiebra, la selección de los síndicos tenía lugar por los acreedores, y solo por éstos, en la primera junta que se celebraba. Eran los propios acreedores quienes proponían las personas que deseaban fuesen designados, quedando elegidos los dos que hubiesen obtenido a su favor votos que representen la mayor suma de capital, y el tercero por solo los acreedores cuyos votos no hubieran servido para resultar nombrados los dos primeros⁶²⁰. Igual sistema se empleaba para la selección de los tres administradores concursales en los concursos de acreedores de persona física⁶²¹.

5 Derecho proyectado

En el proyecto de Estatuto de la Administración concursal, de 15 de julio de 2015, se sigue manteniendo un sistema *semi-abierto* de acceso, en cuanto se fija una cualidad subjetiva mínima consistente en haber superado un examen de aptitud profesional organizado por el Ministerio de Justicia; con ello se dice pretender "*...homogenizar los requisitos de entrada y la especialización de los administradores concursales, así como la profesionalización de esta actividad...*". Se pretende una mayor profesionalización al exigir, junto a los requisitos básicos y mínimos de acceso al Registro (capítulo I), ciertos requisitos adicionales de experiencia en concursos previos y de equipos de trabajo multidisciplinar para acceder a las designaciones de concursos medianos y grandes (capítulo II); lo que denota una clara preferencia a favor de las personas jurídicas para el acceso a dichos concursos al contar con mayor capital humano y organizativo que el administrador individual.

administrador concursal, los miembros del comité de acreedores y el deudor tienen derecho a asistir a la junta de acreedores (artículo 74, apartado 1, segunda frase, InsO). Las decisiones de la junta de acreedores se adoptan, en principio, por mayoría simple, obteniendo la mayoría no a través del número de votos sino mediante la suma de los créditos presentadas por los acreedores votantes (artículo 76, apartado 2, InsO). Si una empresa supera ciertos criterios de tamaño, el tribunal concursal tiene que designar un comité provisional de acreedores incluso antes de la apertura del procedimiento concursal (artículo 22a, InsO). La importancia de la junta de acreedores se refleja en el hecho de que decide el curso a seguir de los procedimientos, y especialmente en el modo en el que los bienes del deudor se van a liquidar.

⁶²⁰ Artículos 1069 y 1070 del Código de Comercio de 30 de mayo de 1829.

⁶²¹ Artículos 1211 a 1213 de la LEC de 3 de febrero de 1881.

Así, mientras en concursos de mediano tamaño se exige al administrador persona natural que cuente con un colaborador -por vínculo laboral o mercantil- o que designe auxiliar delegado de la especialidad que complemente la suya propia; y en los concursos de gran tamaño se exige una estructura de personal y colaboradores de -al menos- diez profesionales, que encaja mejor con la forma societaria. En el fondo se está reconociendo que para concursos relevantes (medianos y grandes) la interdisciplina en el órgano social es esencial.

Se separa -aunque no del todo- el acceso a la función de las gestiones colegiales y de los órganos de gobierno de los juzgados mercantiles - decanatos-: para ser inscrito ya no es preciso estar inscrito en colegios profesionales ni tener titulación específica ni estar incluidos en las listas elaboradas por los Colegios profesionales tras el estudio por éstos de la titulación de los solicitantes.

Con un claro afán de eliminar el oligopolio corporativo tradicional en la función de administrador concursal a favor de abogado, economista, titulado o auditor, cualquier titulado universitario (sea cual sea el contenido de las enseñanzas) que acredite 5 años de experiencia jurídica o económica podrá acceder a realizar el examen y posteriormente a la Sección 4ª del Registro Público Concursal. A entender de VAQUER MARTIN⁶²², resulta absurdo que esta experiencia no se refiera a aspectos específicamente concursales, por lo que cualquier actividad en cualquier rama jurídica o económica permitirá cumplir el requisito. Además, deja fuera del sistema de acceso a los pocos y escasos profesionales auditores y titulados mercantiles que carezcan de título universitario, pues para ambas profesiones no es preciso contar -en todo caso- con dicho título.

VAQUER MARTIN⁶²³ considera que las consecuencias negativas del régimen de designación previsto en el proyecto de Estatuto parecen superar los beneficios, por los siguientes motivos:

⁶²² VAQUER MARTIN, F.J., “*El órgano de administración concursal. Modelos actuales de designación y futuro modelo en la legislación suspendida*”, Conferencia impartida en el V Foro concursal del TAP, Bilbao 13 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.icjce-euskadi.com/Vforoconcursal/FCOJAVIERVAQUER.pdf>

⁶²³ VAQUER MARTIN, “*El órgano de administración.....*” op. cit.

1.- En primer lugar resulta absurdo que si el comportamiento judicial en tales concursos de gran tamaño es el que ha provocado el cambio de designación a favor de un sistema objetivo y secuencial (por estimarse que las designaciones eran en algunos casos, arbitrarias) de modo contradictorio se permita al juez apartarse de dicho orden correlativo mediante resolución motivada atendiendo a criterios reglados (experiencia en el sector, experiencia en instrumentos financieros, experiencia en medidas colectivas laborales, etc.). Excepción a la regla general que ya les anticipo que deberá ser utilizada muy excepcionalmente y solo cuando la complejidad previsible del concurso sea cualitativa o procedimental, no simplemente cuantitativa; pues de actuarse por el juez de otro modo las suspicacias y críticas pasadas volverán a centrarse en esas decisiones directas.

2.- En segundo lugar, la designación correlativa supone negar la posibilidad de adaptar el órgano de administración concursal a las concretas circunstancias concurrentes en cada deudor y en sus acreedores, como igualmente supone rechazar el uso de la anterior experiencia en igual rama de actividad que pueda tener un administrador concursal.

3.- En tercer lugar, porque el sistema de selección correlativa del administrador concursal hubiera exigido una previa y lenta formación de un cuerpo de administradores concursales semi-profesionales, seleccionados con exigentes pruebas de acceso y una constante formación y experiencia específicamente concursal, a los fines de asegurar que sea cual fuera el resultado del azar el designado estará en condiciones técnicas y de equipos personales para desempeñar su cargo con igual capacitación que los demás inscritos. La complejidad técnica, la pluralidad de intereses y la variedad casuística que rodean a este tipo de procedimientos han necesitado desde antaño y con independencia del sistema jurídico de la presencia de un “órgano motor”, capaz de auxiliar al juez a lo largo de la tramitación concursal; y la designación correlativa entre los profesionales que logren la inscripción registral no garantizará dicho auxilio.

4.- Porque la propia doctrina sugiere y concreta mecanismos alternativos para evitar las corruptelas, tales como: a.- el aumento de la transparencia en el procedimiento de selección; b.- la inclusión de nuevas causas de inelegibilidad; o, c.- la posibilidad de revocar dicho nombramiento por un porcentaje -a determinar- de los acreedores.

6 Composición del órgano de administración concursal

Desde que se promulgó la Ley concursal, el órgano de administración concursal se ha visto modificado como consecuencia de las sucesivas modificaciones que la Ley ha tenido, siendo el “iter” legislativo el siguiente:

6.1 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su artículo 27 preveía tres modelos distintos de administración concursal en función de las características subjetivas del concursado.

En primer lugar, el *modelo general* en el que la administración concursal estaba compuesta por tres miembros (art. 27.1): un abogado, una persona con una formación técnica económica y un acreedor titular de un crédito no garantizado. Con este sistema, el jurista cubría las competencias de naturaleza jurídica; el técnico económico aportaba los conocimientos de análisis de contabilidad necesarios; y el acreedor cumplía una labor de control de las decisiones de los dos miembros técnicos, a la vez que aportaba sus conocimientos en el sector específico, en el que se ha desarrollado a la labor del concursado, algo especialmente importante en los supuestos de continuidad⁶²⁴.

Junto al modelo general, estaba previsto un modelo excepcional que contemplaba la intervención en el órgano de determinados organismos públicos cuando se producía la insolvencia de un deudor que operaba en sectores de especial trascendencia pública, (art 27.-1º y 2º); y se preveía, por último, la posible existencia de un órgano unipersonal cuando el concurso se desarrollaba por los cauces del procedimiento abreviado (art. 27.2-

⁶²⁴ A este respecto, señalaba la exposición de motivos IV de la Ley concursal que la administración concursal se regulaba conforme un modelo totalmente diferente del aplicable hasta ese momento, optándose por un órgano colegiado en cuya composición se combinaba la profesionalidad en aquellas materias de relevancia para todo el concurso -la jurídica y económica- con la presencia representativa de un acreedor que fuera titular de un crédito ordinario con privilegio general, que no estuviera garantizado. Añadiendo, que las únicas excepciones al régimen de composición de este órgano venían determinadas por la naturaleza de la persona del concursado -cuando se tratase de entidad emisora de valores cotizados en bolsa, empresa de servicios de inversión, entidad de crédito o aseguradora- o por la escasa importancia del concurso, -en cuyo caso pues podría nombrar un solo administrador de carácter profesional-.

3º) cuya tramitación se reservaba para aquellos cuya estimación inicial de pasivo no superaba el millón de euros⁶²⁵.

Como advierte CAMPUZANO LAGUILLO⁶²⁶, sobre esas premisas, la especialización exigible al profesional que podía acceder a la administración concursal no era siempre específicamente en materia de insolvencia. En la mayor parte de los concursos declarados se conformaba una administración concursal en la que la mayoría de los miembros de ese órgano eran profesionales jurídicos y económicos con experiencia, pero no necesariamente especialistas en insolvencia o, al menos, en materias relacionadas con el concurso de acreedores. Este carácter predominantemente profesional, que no necesariamente especializado, era deducible de los requisitos exigidos, con carácter general, a quienes integraban en ese órgano, integrado por un abogado con experiencia profesional de, al menos, 5 años de ejercicio efectivo; un auditor de cuentas, economista o titulado Mercantil colegiados con la misma experiencia profesional; y un acreedor que fuera titular de un crédito ordinario con privilegio general que no estuviese garantizado.

Este modelo se desarrolló de forma eficiente, acomodándose al nuevo planteado por el legislador, en condiciones económicas que permitirán cumplir el objetivo de la pervivencia de las empresas a través de la aprobación de convenios. Y lo que es más relevante, la administración concursal desarrollaba sus funciones en el marco que la Ley le dictaba, adecuándose a ese sistema novedoso implementado por el legislador. La existencia de una administración concursal colegiada, que abarcaba, desde el punto de vista profesional, los ámbitos propios y específicos de un concurso de acreedores, garantizaba el buen devenir del ejercicio de las funciones⁶²⁷.

⁶²⁵ Cuantía que se elevó hasta la cantidad de 10.000.000 de euros, por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo.

⁶²⁶ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., *“La administración concursal”*, GPS concursal, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 328.

⁶²⁷ FERNANDEZ GONZALEZ, V., “la necesaria dignificación de la administración concursal (II)” en VV.AA. *Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley concursal*, IX jornadas concursales Vitoria Gasteiz, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p.823.

La inesperada crisis mundial fruto de la caída del Banco de inversión Lehman Brothers, provocó una reforma parcial de la Ley concursal mediante el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, cuyo objetivo consistía en adecuar a la nueva situación alguna de las normas que inciden directamente sobre la actividad empresarial. En el marco de la reforma aprobada, la administración concursal seguía siendo el órgano necesario del concurso, que seguiría desarrollando las funciones encomendadas, pero el aumento del umbral del pasivo determinante de la tramitación abreviada del concurso, hizo que la mayoría de los concursos se tramitaran por el procedimiento abreviado y con una administración concursal unipersonal⁶²⁸.

En vísperas de la reforma, el Consejo General del Poder Judicial señaló que la regla debería ser la administración concursal unipersonal, con la posibilidad excepcional de sustituirse por otra colegiada en casos de cierta complejidad y siempre “en atención a la entidad del concurso” dejando así el modelo de administrador único para la generalidad de los supuestos⁶²⁹; como lo señaló también, en la misma línea crítica apelando a razones de abaratamiento del concurso, la Asociación Profesional de la Magistratura, propugnando el nombramiento de un solo administrador concursal de entre auditores de cuentas, economistas, o titulares mercantiles con experiencia profesional suficiente, salvo en aquellos casos en que la dimensión de la empresa hiciera aconsejable una administración concursal trimembre⁶³⁰

⁶²⁸ En efecto de 5.750 concursos declarados en el año 2010, 5.214 se tramitaron por el procedimiento abreviado, lo que supone el 90,60% del total (Fuente: Nota de prensa del INE de 8 de febrero de 2011 disponible en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0410.Pdf>).

⁶²⁹ *Informe al (...) Anteproyecto de Ley concursal*, de 6 de noviembre de 2001, pág. 28 (disponible en: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&UniqueKeyValue=1870&Download=false&ShowPath=false>).

⁶³⁰ *Valoración (...) sobre el (...) Anteproyecto de Ley concursal*. Disponible en internet, en <http://apmagistratura.com/apm/informes/i02001.htm>. Precisamente a esta idea más sencilla respondió la enmienda número 111 del grupo parlamentario de Coalición Canaria (y las números 112 y 114 concordantes del propio grupo), de modificación de la denominación del articulado, proponiendo la de “*Nombramiento del administrador o de los administradores judiciales*”, en atención a que la doctrina y la práctica vienen considerando la regla contraria a la expuesta en el proyecto: un solo administrador y, únicamente conforme de esos parámetros, y cuando las condiciones lo requieran, recurrir a una administración plural; ya que en la praxis está muy comprobado el alto coste de las administraciones tripartitas e incluso sin que sus actuaciones se justifiquen en la mayoría de los casos (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados. VII Legislatura serie A: Proyectos de Ley, 2 de diciembre de 2002 número 101-15 página 132). Disponible en internet http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_101-15.PDF.

El profesor OLIVENCIA RUIZ⁶³¹ se mostró reacio al sistema unipersonal, considerando que la triada del órgano de administración concursal implantada por la Ley Concursal fue acertada y dio buenos resultados. El costo excesivo que frecuentemente se le imputaba no era culpa de la Ley, sino de un arancel aprobado por Real Decreto, es decir por el Gobierno. La doble profesionalización jurídica y económica y la presencia de un acreedor compusieron un colegio funcional y competente, con resultados favorables normalmente, en su aplicación práctica. Por ello, la regla del administrador único tiene graves inconvenientes incluso atemperada por otras medidas.

De opinión contraria es YANES YANES⁶³², para quien la opción a favor del administrador único hubiera asegurado mayores niveles de operatividad funcional y de eficiencia económica, y en todo caso un avance respecto a las soluciones consagradas en la legislación derogada. Pero también es verdad que en un modelo en el que el reto de la especialización del órgano se ha afrontado confiando en la participación de profesionales del campo jurídico y económico, la unipersonalidad hubiera terminado sacrificando o degradando al menos, una más completa y puntual especialización. Por ello el modelo de “síndicos profesionales no profesionalizados” tropieza con no pocas dificultades en su conciliación con una estructura orgánica unipersonal, algunas de las cuales han quedado al desnudo tras la reforma concursal de 2009.

6.2 Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley concursal

La Ley 38/2011, consciente de la importancia del papel que desempeñan en este ámbito los administradores concursales, busca una mayor profesionalización, al tiempo que realza sus funciones y su responsabilidad. Así potenciaba las funciones de la administración concursal y reforzaba los requisitos para ser nombrado administrador concursal, permitiendo una mejor valoración por el juez del concurso de la experiencia y formación específica para el desempeño del cargo. En esta línea se situaban dos medidas fundamentales de la Ley, a saber: a) la extensión de los supuestos en los que la

⁶³¹ OLIVENCIA RUIZ, M., “Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 17, 2012, p. 29.

⁶³² YANES YANES, P., “La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Madrid 2009, p. 111.

administración concursal está integrada por un único miembro, que no serán únicamente los concursos abreviados, (lo cual tiene una repercusión clara en el funcionamiento de la administración, en su toma de decisiones, así como el ahorro de costes). Con esta decisión la administración concursal adoptaba el modelo extendido en todos los países de nuestro entorno económico y que resulta el más adecuado al sistema de funcionamiento y organización de los profesionales que se dedican a esta función, evitando las distorsiones que se vienen detectando hasta ese momento, derivadas en muchas ocasiones de la desigual participación de los diferentes miembros de la administración concursal; y b) el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal⁶³³, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia. Estas dos medidas tan fundamentales para la configuración de la administración concursal se combinaban, no obstante, con la previsión de que, en los concursos de especial transcendencia, que la Ley define⁶³⁴, tenga también presencia un acreedor significativo, condición que puede ostentar también la representación de los trabajadores, a lo que se añade la posibilidad de designar en calidad de acreedor a una Administración en cualquier supuesto en que concurra una causa de interés público⁶³⁵.

FERNANDEZ GONZALEZ⁶³⁶ considera que la búsqueda de la profesionalidad que se traducía al pasar a una administración concursal única se justificaba bajo el punto de vista operativo y económico. En cuanto al primero, se hace notar que así se solucionan las distorsiones que en el proceso de toma de decisiones colegialas se venía produciendo, cosas que extraña cuando, precisamente por tratarse de un órgano colegiado integrado por

⁶³³ La introducción de la persona jurídica en la reforma de 2011 tuvo un sentido mucho más marcado y una especialidad hasta entonces omitida, dando lugar en la práctica a nombramientos de este tipo sobre todo y especialmente, en concursos de cierta enjundia (MARTINEZ MANSO, A., “la necesaria dignificación de la administración concursal (I)” en VV.AA. *Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley concursal*, IX jornadas concursales Vitoria Gasteiz, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p.805.

⁶³⁴ La Ley consideraba concursos de especial transcendencia, aquellos referidos a empresas cuya cifra de negocios pasarse de los 100 millones de euros, o con un pasivo superior a 100 millones de euros, o en los que se contase con más de un millar de acreedores, o se superase el número de 100 trabajadores. En estos casos se preveía la posibilidad de designar a un segundo administrador concursal.

⁶³⁵ Preámbulo VII de la Ley 38/2011.

⁶³⁶ FERNANDEZ GONZALEZ, “La necesaria dignificación de la administración concursal Op. cit., p.826.

tres miembros que se regían por los acuerdos adoptados por mayoría, esas disfunciones no debían aparecer. De ahí los cambios sobre el *status* de la administración concursal vengan condicionado por la segunda de las justificaciones: la económica. De nuevo el legislador pone el énfasis en que la tarea que desarrollan los administradores concursales es costosa para el concurso, y que por ello procede ahorrar costes para la masa reduciendo el número de integrantes de la administración concursal.

Con el nuevo diseño, se pueden distinguir hasta cuatro tipos diferentes de administradores concursales o sus representantes, según nos encontremos ante administraciones concursales profesionales: a) personas naturales; b) personas jurídicas; c) representante de los acreedores para el caso de los concursos de especial trascendencia, el caso del acreedor/trabajadores, los casos de cotizadas en bolsa, entidades financieras y compañías de seguro; y d) los representantes de las personas jurídicas, administradores concursales profesionales.

6.3 Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial

La Ley 17/2014, de 30 de septiembre⁶³⁷, introdujo nuevos cambios en el régimen de la administración concursal. En primer lugar, se establecieron las directrices que deberán guiar el nuevo sistema de requisitos para ejercer como administrador concursal y que tenían como objetivo asegurar que las personas que desempeñaran las funciones de administrador concursal contasen con las aptitudes y conocimientos suficientes. En este ámbito, destacaba como novedad la posibilidad de exigir la superación de pruebas o cursos específicos y la creación de una sección cuarta de administradores concursales y auxiliares delegados en el Registro Público Concursal, donde deberán inscribirse todas las personas físicas y jurídicas que cumplan con los requisitos que se exijan, especificando el ámbito territorial en el que estén dispuestas a ejercer sus labores de administración concursal.

⁶³⁷ Hoy derogada en virtud del apartado o) de la disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

En segundo lugar, se reformaba el sistema de designación de la administración concursal, cuyo funcionamiento debía ser desarrollado mediante un reglamento⁶³⁸. Se establecían como pilares del nuevo sistema la sección cuarta del Registro Público Concursal, que sustituía a las actuales listas en los decanatos de los juzgados y la clasificación de los concursos en función de su tamaño. Esta clasificación pretendía aproximar, a través del tamaño, la complejidad que cabe esperar del concurso para poder modular los requisitos exigidos a la administración concursal⁶³⁹.

6.4 Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal

El Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal, en su disposición transitoria única dispone que el contenido de los artículos 57 a 63, todos ellos inclusive, que se corresponden a las modificaciones introducidas en el artículo 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha Ley. Por lo que, al día de hoy, permanece en vigor la regulación del artículo 27 en redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

El Texto refundido de la Ley concursal, en su artículo 57 mantiene como principio general que la administración concursal estará integrada por un único miembro que podrá ser persona natural o jurídica, matizando el artículo 58 que en aquellos concursos en los que exista una causa de interés público, el juez podrá nombrar como segundo administrador a una Administración pública acreedora o a una entidad de derecho público acreedora vinculada o dependiente de aquella, siempre que sean acreedoras.

⁶³⁸ La disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014, disponía que *“Las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses”*, lo que aún no se ha producido.

⁶³⁹ Preámbulo IV de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre.

En su consecuencia, hasta que se apruebe el mencionado desarrollo reglamentario, el modelo general de administración concursal, es el de un administrador único, incluso en los concursos acumulados y los conexos, si bien, en este caso, deberá designarse a un auxiliar delegado⁶⁴⁰.

El propio legislador comunitario en la Directiva 2019/1023 potencia la labor de los administradores concursales en los procedimientos de insolvencia, no sólo en el trámite inicial judicial o administrativo, sino prevaleciendo la necesidad de acudir a ellos en los procedimientos de reestructuración temprana o preventiva, como supervisores de esos procesos que pudieran afectar a los intereses de las partes, o cuando deben adoptarse medidas de protección de la integridad de los activos que pueden resultar esenciales para ese proceso preventivo.

7 Condiciones subjetivas para el nombramiento de administrador concursal persona física

La Directiva no establece las condiciones subjetivas que deben concurrir en una persona para ser nombrada administrador concursal, manifestando, por un lado, que deben tener la formación adecuada y conocimientos especializados, con la mirada puesta

⁶⁴⁰ Así, el artículo 59 TRLC dispone que: *“En los concursos conexos, el juez competente para la declaración y tramitación de estos, podrá nombrar, cuando resulte conveniente, una administración concursal única. En caso de acumulación de concursos ya declarados, el juez que conozca de los procedimientos concursales acumulados podrá nombrar de entre las existentes una única administración concursal.”* El Texto refundido realiza una corrección técnica a la previsión contenida en el artículo 27.5 de la Ley concursal, relativa al nombramiento de administrador concursal los casos de concursos conexos y acumulados, manteniendo la posibilidad del nombramiento de una administración única, pero sustituyendo la expresión *“en la medida en que ello resulte posible”* por la de *“cuando resulte conveniente”*, eludiendo con ello expresiones redundantes, y siendo la del texto refundido más afortunada que la anterior, por cuanto siempre resulta posible su nombramiento porque depende de la única voluntad del juez, y la conveniencia del nombramiento es lo que debe valorarse por el juez, habida cuenta del estado del concurso, y de la solución que se plantee, ya que no es lo mismo la solución conservativa que la liquidatoria. En el caso de los concursos conexos, la norma solo establece la posibilidad del nombramiento de una administración única, sin ninguna otra especificación. En caso de nombramiento, lo aconsejable es que el juez nombre administrador a la persona que fue designada bien en el procedimiento concursal que fue declarado en primer lugar, bien el designado en el concurso del deudor con mayor pasivo, o bien el designado en el concurso de la sociedad dominante, lo que no excluye la posibilidad de que el nombramiento recaiga en el otro administrador o incluso en un tercero, procediendo al cese de todos los demás. A primera vista pudiera parecer que ya no es necesaria la designación de auxiliares delegados, como establecía el art. 27.5 de la Ley concursal, pero esta previsión se ha trasladado al artículo 76 TRLC, por lo que el nombramiento de, al menos, un auxiliar delegado siempre será obligatorio en los concursos conexos para el caso de nombramiento de una administración concursal única.

en que los procedimientos se tramiten de forma eficiente, a los fines de una tramitación rápida del procedimiento; y por otro, que los conocimientos y la experiencia se adapte a las necesidades del caso concreto⁶⁴¹.

Tampoco establece claramente si las personas jurídicas pueden ser nombrados administradores, aunque tal posibilidad se deduce del artículo 2 de la Directiva, cuando define como administrador en materia de reestructuración *a toda persona u órgano*, nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las funciones que enumera⁶⁴².

7.1 Regla general

Las condiciones subjetivas para el nombramiento de administrador concursal, en el caso de personas físicas, actualmente vigentes, consisten en ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho concursal; o, ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

En cuanto al *abogado*, se exige: que tenga 5 años de experiencia profesional; que acredite formación especializada en derecho concursal y compromiso de continuidad de formación en la materia⁶⁴³.

⁶⁴¹ El Artículo 26 dispone que los Estados miembros garantizarán que los administradores nombrados en procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas reciban la formación adecuada y tengan los conocimientos especializados necesarios para el desempeño de sus funciones; y que al nombrar a un administrador concursal para un caso concreto, incluidos los casos con elementos transfronterizos, se tengan debidamente en cuenta los conocimientos y la experiencia del administrador concursal, así como las particularidades del caso. En idéntico sentido se pronuncia el Considerando 88.

⁶⁴² Y que son: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; y c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones.

⁶⁴³ Esta redacción fue fruto de una enmienda (la nº 2 del Senado) aprobada en el trámite parlamentario, primero en el Senado y luego en el texto definitivo, y en la justificación que se daba para la admisión de la enmienda se aludía a la necesaria recuperación de los 5 años de ejercicio que fue suprimida en el proyecto de Ley, ya que con la redacción aprobada no se garantizaban unos conocimientos suficientes; pero en modo alguno en la justificación se aludía a la diferencia entre experiencia profesional de ejercicio efectivo y la

La presencia de un abogado en la administración concursal ha sido recibida con elogios por los Colegios de Abogados y por parte de la doctrina⁶⁴⁴, por considerar que aunque el concurso tiene como base un hecho económico, no es menos cierto que se trata de un proceso judicial en el cual son precisos los conocimientos jurídicos para contribuir a agilizar y garantizar la buena marcha del mismo; y criticada por algunos sectores, al menos con carácter general⁶⁴⁵, y por otra parte de la doctrina⁶⁴⁶ que no encuentra justificada la política legislativa seguida para ello, pues además de que el ejercicio profesional de cinco años no garantiza en absoluto conocimientos especiales en esta materia.

En cuanto al economista, titulado mercantil, o auditor, la Ley establece como presupuestos: la experiencia profesional durante 5 años; la especialización demostrable en el ámbito concursal; y el compromiso de continuidad en la formación.

En cuanto a la especialización demostrable en el ámbito concursal, a diferencia del caso de los abogados no habla la Ley de especialización en Derecho concursal sino “en el ámbito concursal” que es una faceta distinta, que no se concreta en los aspectos jurídicos del concurso sino en cuestiones de índole económico contable relacionados con la materia concursal, y debido a que las funciones son diferentes. Ahora bien, la especialización de estos profesionales no puede prescindir de materias jurídicas, ya que no debemos olvidar que con carácter general la composición de la administración concursal es única. Tampoco se indica en qué consiste la especialización, por lo que se puede admitir actividades organizadas por todo tipo de instituciones (universidades, fundaciones, instituciones privadas...), siendo necesario que se trate de materia concursal y que se acredite el título o curso correspondiente⁶⁴⁷.

experiencia profesional en el ejercicio de la abogacía, porque ambas expresiones aludían a la mismo, la experiencia profesional debía ser en el ejercicio de la abogacía.

⁶⁴⁴ CANDELARIO MACÍAS, M.^aI., “Consideraciones genéricas sobre la administración concursal en la Ley 22/2003”, *Revista del REFor*, nº 7, Julio-septiembre 2003, p. 43.

⁶⁴⁵ Así se señaló por el Registro de Economistas Forenses (REFor) en sus Comentarios al Proyecto de Ley Concursal (Documento nº 6, Noviembre 2002), pp. 37-38.

⁶⁴⁶ YAÑES YAÑES, P., “La Administración Concursal», *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*”, VV.AA., GARCIA-ALONSO-PULGAR (Dir.), editorial Dilex, Madrid 2003.

⁶⁴⁷ GARCIA MARRERO, J., “El Estatuto de la administración concursal. Algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento.”, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del estado, disponible

En todo caso, tanto para los abogados, economistas o titulados mercantiles, como para los auditores de cuentas⁶⁴⁸, debiera haberse concretado su situación de ejercientes, en la fecha de su designación judicial, y hubiese sido aconsejable regular los requisitos de especialización, que acreditasen su conocimiento de la disciplina concursal.

La omisión de los Diplomados en Ciencias Empresariales, sucesores de los Profesores Mercantiles y con ellos homologados, según Real Decreto 1665/1991, de 25 de octubre, y Real Decreto 1754/1998, de 31 de julio, me parece desafortunada, habida cuenta de su Plan de Estudios que incluye, como obligatorias un número abundante de asignaturas con trascendencia en el concurso⁶⁴⁹. Se intentó, sin suficiente convicción, corregir el olvido, merced a la enmienda número 212 presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado, que fue retirada, poco después, lamentablemente. No obstante, una luminaria puede reparar el daño causado, con la publicación de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE 20 de diciembre de 2007), según Disposición adicional: «Las funciones profesionales, que el Real Decreto 871/1977, de 26 de abril⁶⁵⁰ reconoce en sus Títulos III y V, pueden ser igualmente ejercidas por los Diplomados en Ciencias Empresariales».

7.2 Excepciones

en https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292347816961-Ponencia_de_Javier_Garcia_Marrero.PDF.

⁶⁴⁸ Todos estos profesionales deben estar colegiados para que puedan ejercer su profesión. Evidentemente no se plantea este problema con los auditores de cuentas, que deben estar inscritos necesariamente en el ROAC (artículo 2.3 y 7 del RDL 1/2011, de 1 de julio) para poder ejercer su actividad. Y en la actualidad tampoco cabe plantearse esa cuestión respecto a los economistas y titulados mercantiles ya que su colegiación es obligatoria según el artículo 1 del Estatuto Profesional de Economistas (Decreto 871/77, de 26 de abril), sin perjuicio de lo que pueda ocurrir una vez que se desarrolle la Ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio será obligatoria la colegiación, a la que se refiere la disposición adicional 4º de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

⁶⁴⁹ Tales como: Contabilidad financiera, aplicada y de costes; Matemáticas financieras y para la empresa; Derecho empresarial y mercantil; Dirección comercial y financiera; Organización y administración de empresas; etc. Incorpora, entre otras, como asignaturas optativas: Análisis y consolidación de estados contables; Auditoría de cuentas; Administración y gestión de personal; Técnicas de control y Planes de gestión empresarial; etc.

⁶⁵⁰ Estatuto Profesional de los Economistas y de los Profesores y Peritos Mercantiles.

La regla general de nombramiento de administrador tiene excepciones por razón de la naturaleza del concursado, que se producen cuando sea declarada en concurso una de las siguientes entidades (*presupuesto subjetivo*)⁶⁵¹:

- a) Las sociedades que tuvieran emitidos valores o instrumentos financieros negociados en un mercado secundario oficial⁶⁵², así como las empresas de servicios de inversión⁶⁵³. En estos casos, el juez nombrará administrador concursal de entre las personas propuestas en terna por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- b) Las entidades de crédito⁶⁵⁴, en cuyo el juez nombrará administrador concursal de entre las personas propuestas en terna por el FROB.

⁶⁵¹ En general, sobre la administración en caso de concursos especiales, v. TAPIA HERMIDA, A., “Artículo 27” en SANCHEZ CALERO/GUILARTE (Dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, tomo I, pp. 572 y ss., y más resumido, VALPUESTA, “Comentario al artículo 27” en CORDON (Dir.), *Comentarios a la Ley concursal*, pp. 275 y ss.

⁶⁵² El artículo 8.1.a del Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, entiende como mercado secundario oficial de valores “*cualquier mercado regulado de un Estado miembro de la Unión Europea, en los términos previstos en el artículo 2.13 de la Directiva 2006/43/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo y se deroga la Directiva 84/253/CE del Consejo*”. Entiéndase pues, que los mercados relevantes al efecto son las bolsas de valores (de Madrid, Barcelona, Valencia, y Bilbao), el mercado de deuda pública anotada, el mercado oficial de futuros y opciones (MEEF), el mercado de renta fija corporativa (IAAF), el mercado de futuros y opciones sobre cíclicos (FC&M) y, en fin, todos aquellos que reuniendo las características exigidas por la legislación del Mercado de Valores sean autorizados por el organismo público competente *como mercado oficial*.

⁶⁵³ Por empresas de *servicios de inversión* debemos definir aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión con carácter profesional a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores (art. 62.1 LMV). Conforme al concepto legal su capacidad operativa, y, por lo tanto, su capacidad de asumir obligaciones y el riesgo de incumplirlas, viene dada por los servicios típicos de la intermediación en el Mercado de Valores que son, conforme dispone la Ley de Mercado de Valores en su artículo 63: en primer lugar, *los servicios de inversión* que comprende la recepción, transmisión y ejecución de órdenes; la negociación por cuenta propia; la gestión de carteras; la mediación en la colocación y el aseguramiento de la suscripción de las emisiones y OPVs; el asesoramiento en materia de inversión y la gestión de Sistemas Multinacionales de Negociación. Y, en segundo término, *los servicios auxiliares* que abarcan la custodia y administración de instrumentos financieros, la concesión de créditos y préstamos a inversores, el asesoramiento a empresas sobre estructura de capital y otros conexos, los servicios relacionados con el aseguramiento de emisiones y la colocación de instrumentos financieros, la elaboración de informes de inversiones y análisis financiero, los servicios de cambio de divisas y los servicios de inversión y auxiliares referidos a los subyacentes no financieros de un instrumento financiero. (Dentro de los servicios de inversión se encuentran las sociedades de valores, las agencias de valores y las sociedades gestoras de cuentas).

⁶⁵⁴ A los efectos del presente artículo debe entenderse por entidad de crédito toda empresa que tenga como actividad típica y habitual recibir fondos del público en forma de depósito, préstamo, cesión temporal de activos financieros u otras análogas que llevan aparejada la obligación de restitución aplicándolos por

- c) Y las entidades aseguradoras o reaseguradoras⁶⁵⁵, en las que el juez nombrará administrador concursal al Consorcio de Compensación de Seguros.

Resulta habitual que, en estos casos, el juez recabe a dichos organismos una propuesta de nombramiento, lo que resulta plausible desde dos aspectos. Por un lado, porque será el organismo correspondiente quien efectuará una primera selección y propondrá a quienes considere que cumplirán mejor su función; y por otro, porque el designado, si forma parte del organismo, no tendrá derecho a retribución con cargo a la masa activa del concurso (art. 577 TRLC).

Por otro lado, cabe señalar que es posible que los designados no sean personal asalariado del organismo, lo que podría ocurrir en ciertos casos en los que fuese necesaria una específica cualificación.

7.3 Experiencia y forma de acreditarla

La primera cuestión que suscita la regulación española actual consiste en que para el abogado se exige que posea cinco años de *experiencia profesional efectiva* en el ejercicio de la abogacía, y para los economistas, titulados mercantiles y auditores de cuentas cinco años de *experiencia profesional*, con especialización demostrable en el ámbito concursal. No alcanzo a entender las razones que han inspirado al legislador a utilizar un distinto lenguaje para ambos grupos de profesionales, cuando, en esencia, lo que se pretende, es que ambos grupos tengan la experiencia de cinco años.

Sobre la incorporación de un abogado y si debía contar con experiencia o no, se ha debatido mucho con anterioridad a la exigencia de cinco años de experiencia profesional

cuenta propia, la concesión de créditos u operaciones de análoga naturaleza. Tienen la consideración de entidades de crédito: a) Los bancos; b) Las cajas de ahorros; c) Las cooperativas de crédito; y d) El Instituto de Crédito Oficial (Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito. Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.

⁶⁵⁵ Por entidades aseguradoras se entienden las entidades autorizada para realizar, conforme a lo dispuesto por esta Ley o por la legislación de otro Estado miembro, actividades de seguro directo de vida o de seguro directo distinto del seguro de vida. (Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras).

efectiva. Así, en el Proyecto de Ley concursal presentado por la Comisión de Cultura del Colegio de Abogados de Barcelona (1979), se proponía como candidato a ser nombrado síndico del concurso, a un Licenciado en Derecho, sin más requisitos ni exigencias. En el extremo contrario, se encontraba la propuesta del Profesor Rojo⁶⁵⁶, que exigía a un letrado en ejercicio de reconocida cualificación, que sea Doctor en Derecho o que haya ejercido, al menos, durante quince años ininterrumpidos. Y una posición intermedia la mantenía el Ministerio de Justicia e Interior en la recomendación a la Comisión General de Codificación, que consistía en que el abogado debía ser un Letrado ejerciente de reconocida cualificación⁶⁵⁷.

La experiencia a que hace referencia la norma en relación con el abogado, se entiende en el desarrollo profesional de la abogacía, lo que incluye la actividad forense, pero también las funciones de asesoría y consultoría jurídica. Como apunta TIRADO MARTI⁶⁵⁸ resulta indiferente, si se ejerce la profesión de manera autónoma o integrado en una sociedad con independencia de la forma jurídica de la actividad de esta última. El técnico jurídico debe estar colegiado como *ejerciente*. Esto no es suficiente para probar la experiencia; se trata de un supuesto de la actividad que establece una presunción favorable. Por supuesto, la no colegiación o la colegiación como no ejerciente serán causas de inelegibilidad, pues constituye prueba de no reunir los requisitos (un no colegiado o un no ejerciente no pueden obviamente ejercer). No es necesario que la práctica se haya desarrollado en derecho concursal; ni siquiera imperativo que la actividad profesional se haya desenvuelto en el campo del derecho privado patrimonial; naturalmente, el juez *deberá* tomar en consideración este punto a la hora de efectuar el nombramiento. La experiencia práctica no es susceptible por otras virtudes técnicas.

⁶⁵⁶ Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal». Materiales para la Reforma de la Legislación Concursal, Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, Suplemento del Boletín núm. 1768, de 15 de febrero de 1996.

⁶⁵⁷ Criterios básicos para la elaboración de una propuesta de anteproyecto de Ley concursal, Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior, Año L, Suplemento al núm. 1768, de 15 de febrero de 1996, pp. 5-7.

⁶⁵⁸ TIRADO, I., “Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”, en ROJO-BELTRAN, *Comentarios de la Ley Concursal*, Madrid, 2004, p. 576.

El segundo administrador especialista deberá tener una formación económica y una experiencia mínima de 5 años. Serán posibles candidatos los auditores de cuenta, los economistas, o los titulados mercantiles que estén colegiados en el momento del nombramiento⁶⁵⁹. Ante el silencio legal, no es posible excluir *a priori* a ninguna persona que cumpla con los requisitos de formación, colegiación y experiencia mencionados. Por ello, en principio, la actividad profesional desarrollada puede haberlo sido en cualquiera de los campos propios del oficio: auditoría externa e interna, economía financiera, logística y distribución, cualquier tipo de asesoría empresarial, etc. Naturalmente corresponde al juez valorar si la experiencia del candidato se ajusta a las necesidades del puesto, tomando en consideración las circunstancias concretas del procedimiento.

Tal y como se encuentra redactado el precepto, se excluye del grupo de los abogados a aquellos que no hubiesen ejercido el Derecho, es decir, a catedráticos, profesores de universidad, investigadores, etc., y sin embargo sí que cabe el nombramiento de los profesionales citados, en el caso de que sean economistas, auditores o titulados mercantiles, lo que supone una clara discriminación.

Por su parte, la actual redacción al artículo 27.3º. de la Ley concursal, exige que sea necesario acreditar la experiencia para la inclusión en las listas, experiencia que deberá ser tenida en cuenta por el juez para excepcionar la regla general del nombramiento por distribución equitativa en la designación en concursos en los que dicha experiencia sea exigida, así como unos conocimientos o formación especiales.

La experiencia solo puede acreditarse mediante la justificación de los concursos de acreedores en lo que un administrador ha sido nombrado, aunque también cabe demostrarse mediante certificados expedidos por otros administradores, acreditativos de que se ha adquirido experiencia trabajado por cuenta de otro administrador.

⁶⁵⁹ Dentro de la categoría de los titulados mercantiles se incluyen los intendentes mercantiles, los profesores mercantiles, los peritos mercantiles y los licenciados en Ciencias Económicas y empresariales o con título equivalente que formen parte de cualquiera de los colegios profesionales integrados en el Consejo Superior de Titulados Mercantiles y Empresariales.

El Texto refundido ha convertido el acceso a la profesión de administrador concursal en una cuestión registral, estableciendo en el artículo 60 que solo pueden ser nombrados administradores concursales aquellos que se encuentren inscritos en el Registro Público Registral, por lo que habrá que estar al desarrollo reglamentario de la Ley, para comprobar cuales van a ser los requisitos exigidos para que dicha inscripción pueda tener lugar⁶⁶⁰.

Para URIARTE CODON⁶⁶¹ es fundamental que el Juez siga nombrando el cargo, y se deje sin efecto la reforma legal (todavía no operativa por falta de desarrollo reglamentario) que atribuye el nombramiento al Registro Público Concursal. El Juez es el que, en el marco de la experiencia que adquiere, toma conocimiento de las características de los profesionales de los que dispone; y es el más cualificado para intentar una máxima adecuación entre el profesional nombrado y la realidad económica insolvente a la que se debe enfrentar. Asimismo, la Administración Concursal nombrada se somete a la supervisión directa del Juez que le nombra, y que le puede volver a nombrar; lo que supone un estímulo evidente para el desarrollo correcto de su función.

En consecuencia, deben arbitrarse medidas que garanticen una adecuada retribución de la administración concursal; y su nombramiento debe seguir descansando en la decisión judicial. Y ello, sin perjuicio de que los nombramientos se motiven, se permita acceder a nuevos profesionales que puedan realizar méritos para conseguir nuevos nombramientos; y se permita que el deudor o acreedores se opongan a los mismos, o soliciten la separación del nombrado o nombrada.

8 Condiciones subjetivas para el nombramiento de administrador concursal persona jurídica

⁶⁶⁰ VAQUER MARTIN, F.J., “Sobre la designación de la administración concursal. La conclusión y rendición de cuentas”. *El concurso y la conservación de la empresa. La armonización del derecho regulador de la insolvencia*, VI Jornadas concursales, 8 y 9 de junio de 2017, Vitoria Gasteiz, Thomson Reuters Aranzadi, p. 153.

⁶⁶¹ URIARTE CODON, A., *Respuestas de Aner Uriarte a la Consulta pública sobre la Directiva sobre reestructuraciones y segunda oportunidad*, Diario La Ley, 17.12.2019, disponible en <https://diariolaLey.laLeynext.es/dll/2019/12/20/respuestas-de-aner-uriarte-a-la-consulta-publica-sobre-la-directiva-sobre-reestructuraciones-y-segunda-oportunidad>

Las condiciones subjetivas para el nombramiento de administrador concursal, en el caso de personas jurídicas, consisten en que la sociedad se encuentre integrada, al menos, por un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal.

La Directiva no hace referencia alguna a las personas jurídicas administradores concursales. Es necesario acudir a la definición de administrador concursal que realiza el Reglamento de insolvencia⁶⁶² para quien administrador concursal es “cualquier persona u órgano cuya función, sea las que establece el artículo 2 de la Norma, entendiendo por personas y órganos los que se enumeran en la lista del anexo B que acompaña al Reglamento. Y es en dicha lista, donde al referirse a España engloba dentro del concepto, tanto al administrador concursal como al mediador concursal, en los términos que nuestra legislación los defina o admita.

Con anterioridad a la reforma de la Ley 38/2011, no se contemplaba la posibilidad de nombrar a un administrador persona jurídica⁶⁶³, a pesar de que el Estatuto General de la Abogacía, permite el ejercicio de la abogacía colectivamente, mediante su agrupación, bajo cualquiera de las formas lícitas en Derecho, incluidas las sociedades mercantiles⁶⁶⁴; y la Ley de Auditoría de Cuentas faculta para realizar la actividad de auditoría de cuentas a las personas físicas o jurídicas que figuren inscritas en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas del ICAC⁶⁶⁵.

⁶⁶² Reglamento (UE) 2015/848.

⁶⁶³ El preámbulo de la Ley 38/2011 establecía que: “la Ley es consciente de la importancia del papel que desempeñan en este ámbito los administradores concursales y busca una mayor profesionalización (...). En esta línea se sitúan dos medidas fundamentales de la Ley. La primera es la extensión de los supuestos en los que la administración concursal está integrada por un único miembro (...). Y la segunda es el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia”.

⁶⁶⁴ Así lo dispone el artículo 28 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658 / 2001 de 22 de junio.

⁶⁶⁵ Así lo establece el artículo 6.1 de la Ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, concordante con el artículo 10 de la misma Ley.

No todos los países de nuestro entorno admiten que una persona jurídica pueda ser nombrada administrador concursal. Así, el reconocimiento del administrador persona jurídica ha sido denostado en los ordenamientos jurídicos inglés y alemán⁶⁶⁶. Por el contrario, en Italia sí se reconoce esta posibilidad⁶⁶⁷.

En España, el profesor OLIVENCIA RUIZ⁶⁶⁸ se ha mostrado reacio al nombramiento de administrador concursal persona jurídica, considerando que la persona jurídica administradora, como la sociedad profesional, introduce un factor de conflicto corporativo, razón por la que fue desechada en el movimiento de reforma de la Ley, tratándose de una solución arriesgada. En parecidos términos se pronuncia TIRADO MARTÍ⁶⁶⁹ mostrándose también reacio al nombramiento de administradores persona jurídicas.

Abiertamente en contra de dichas opiniones, se pronuncia YANES YANES⁶⁷⁰ para quien la vía de la societarización -sociedades profesionales multidisciplinarias dedicadas en exclusiva a la administración concursal- se ha revelado muy útil en otros ámbitos del mercado de servicios profesionales. La societarización de la administración concursal permitiría aprovechar las ventajas ligadas a la especialización y división del trabajo en común, que van desde la maximización de los rendimientos por la mayor capacidad de producción del grupo, hasta la consecución de importantes economías de escala con la optimización del uso de los activos fijos.

La Ley 38/2011 dejó zanjada la cuestión introduciendo la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser nombradas administradores concursales, ya que así lo permite la redacción que se le dio al apartado 1º del artículo 27, al disponer que podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre, al menos, un abogado en ejercicio

⁶⁶⁶ Vid. TIRADO MARTÍ, I., *“Los administradores concursales”*, Thomson Civitas, Madrid 2005, p. 377, nota 23 y las referencias allí contenidas de la doctrina contraria a tal reconocimiento.

⁶⁶⁷ En el art. 28 de la Legge fallimentare. (sobre el particular, ZACCARIA, A., *“Commentario breve alla legge fallimentare”*, MAFFEI ALBERTI (Dir.), 6ª ed., CEDAM, Padova, 2013, pp. 182 y 183).

⁶⁶⁸ OLIVENCIA RUIZ, M., “Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 17, 2012, p. 29.

⁶⁶⁹ Vid. TIRADO MARTÍ, I., *“Los administradores...”*, op.cit., p. 378.

⁶⁷⁰ YANES YANES, P., “La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Madrid 2009, p. 114.

y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, y que garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal⁶⁷¹.

El Texto refundido, lógicamente también admite esta posibilidad al afirmar tajantemente en su artículo 57 que la administración concursal estará integrada por un único miembro, que podrá ser persona natural o jurídica, apostillando en el artículo 62 que el nombramiento del administrador concursal recaerá en la persona natural o jurídica inscrita en el Registro público concursal que corresponda por turno correlativo.

Dado el tenor de la norma, cabe preguntarse en primer lugar cuál es la naturaleza de la *integración de los miembros*, es decir, si es necesario que tengan la consideración de socios o accionistas o, por el contrario, basta la mera existencia de una colaboración o relación laboral.

Como apunta GARCIA MARRERO⁶⁷² la cuestión no es baladí, ya que si no exige la condición de socio bastaría una relación laboral incluso temporal para colmar el requisito legal, con el consiguiente riesgo de alteración a lo largo del procedimiento de los integrantes de la persona jurídica y, por consiguiente, la repercusión que tiene en el ejercicio de la administración concursal. Precisamente por ello, parece que lo más conveniente sea la exigencia de la condición de socio, ya que ello garantiza una mayor estabilidad en el ejercicio de la administración concursal, y una mejor dedicación de los profesionales que la integran ya que la marcha de la persona jurídica le afectará indirectamente a su patrimonio⁶⁷³.

⁶⁷¹ A este respecto, la Exposición de Motivos de la Ley 38/2011, subraya que: “*la segunda [medida fundamental de la reforma] es el reconocimiento de la persona jurídica como administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por una pluralidad de profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia*”.

⁶⁷² GARCIA MARRERO, J., “*El Estatuto de la administración concursal. Algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento*.”, XXXIII Jornadas de la Abogacía General del estado, disponible en https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292347816961-Ponencia_de_Javier_Garcia_Marrero.PDF.

⁶⁷³ Esta es la solución que se adoptó en la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley concursal, celebrada el día 13 de diciembre de 2011, que se vino a decir, que en consonancia con la exigencia de que la persona jurídica ha de ser sociedad profesionales, la integración significa la asunción de la condición de socio, con exclusión de otras relaciones como laborales

Y, en segundo lugar, cual es el alcance de la garantía de la *debida independencia y dedicación en el desarrollo de sus funciones de administrador concursal*⁶⁷⁴. El texto concreta la actuación de los administradores concursales, en el mismo sentido en que lo efectúa el artículo 27 la Directiva⁶⁷⁵, lo que implica un mandato del legislador a los integrantes de la persona jurídica para que su participación en el ejercicio de la administración concursal no sea meramente testimonial.

Cuando el juez designa a una persona jurídica administrador concursal, sin duda ha tenido en cuenta a las personas que la integran, así como sus capacidades, formación y experiencia, por lo que sus miembros deben mantenerse en la sociedad, sin excluirse de la misma, ya que, en tal caso, no se estaría cumpliendo el presupuesto del artículo 27 referido a la dedicación. Si la designación de persona jurídica tiene alguna ventaja (la existencia de pluralidad de profesionales) es necesario que esos profesionales sean los que se dediquen al ejercicio de la función, sin perjuicio del papel colaborador que puedan tener otras personas en régimen de dependencia laboral o colaboración con la persona jurídica.

o de colaboración; condición de socio que deberá corresponder a los profesionales que reúnan los requisitos del artículo 27.1 de la Ley concursal.

⁶⁷⁴ Lo que constituyó una piedra de troque más controvertida a la hora de aprobar esta nueva forma de ejercer la administración concursal. A este respecto, en el debate parlamentario del Congreso de los Diputados, el Sr. TRILLO-FIGUEROA del grupo Popular, posicionándose en la abstención, manifestó que: *“Por qué llevarlo primero a una administración unipersonal y porque entregárselo a la voracidad de las personas jurídicas que son las grandes empresas, pero ninguna de ellas es española; seamos serios. Por qué entregar a las personas jurídicas de las auditorías internacionales, regalarles ahora la administración de los grandes concursos a las siete grandes firmas -por los demás respetables que en España ejercen en no más de diez provincias, en la que más, las administraciones concursales sencillamente nos parece no solo un regalo innecesario, injustificado e impensable, sino contrario a los intereses de los colegios de abogados, contrario a los intereses de los colegios de auditores y de economistas, contrario al sentido común, contrario a la presencia de estas entidades en las provincias más pequeñas, contraria a la naturaleza de las cosas, y por cierto, sin cobertura en la legislación vigente”*.

⁶⁷⁵ Al consignar que “Los Estados miembros deben establecer los mecanismos reguladores y de supervisión adecuados para garantizar que el trabajo de los administradores concursales se supervise de manera efectiva, a fin de garantizar que prestan sus servicios de forma eficiente y competente, y de manera imparcial e independiente”, enmarcando así el legislador europeo las obligaciones de imparcialidad e independencia dentro del marco del deber de lealtad, como uno de los pilares básicos de la actuación de la administración para lograr la eficiencia de los procedimientos.

En mi opinión debería incluirse algún tipo de filtro, o llevar algún tipo de control, para garantizar que los socios sean los que verdaderamente lleven a cabo la función del administrador concursal.

La cuestión más importante a dilucidar consiste en averiguar la forma concreta o la naturaleza de la persona jurídica que puede ser nombrado administrador concursal, por cuanto el legislador solo menciona que el nombramiento podrá recaer en una persona jurídica, sin efectuar ninguna otra especificación, manteniéndose dicha incógnita en el Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley concursal⁶⁷⁶.

8.1 Sociedades profesionales

Como ya se ha indicado anteriormente, en el preámbulo de la Ley 38/2011, el legislador mencionaba expresamente a las sociedades profesionales, lo que debe entenderse como ejemplo de alguna de las formas que podía revestir la persona jurídica administrador concursal, pero no alude a que necesariamente las personas jurídicas deben ser obligatoriamente sociedades profesionales, utilizando solo la expresión *persona jurídica*, lo que abarca cualquier forma.

Con un criterio distinto MELERO BOSCH⁶⁷⁷ considera que a pesar de que el precepto se refiere a “personas jurídicas”, éstas no pueden ser otras que las sociedades profesionales a las que se refiere la Ley de Sociedades Profesionales. En consecuencia, las personas jurídicas a las que alude la norma tiene su encaje, en la aplicación de la Ley de Sociedades Profesionales, siendo posible apuntar, incluso, que la existencia de sociedades profesionales favorecería la competencia en el mercado de servicios

⁶⁷⁶ Un detallado y extenso recorrido de la diversa tipología de las sociedades conocidas en sentido amplio como “*de*” o “*entre*” profesionales se recoge, entre otros, en PAZ ARES, C., “Comentarios a un anteproyecto”, *Diario La Ley*, nº 2, Madrid 2005, pp. 9 y ss; CAMPINS VARGAS, A., “*La Sociedad profesional*”, Civitas, Madrid 2002, pp. 36 y ss.; GARCIA PEREZ, R., “*El ejercicio en sociedad de profesionales liberales*”, Bosch, Barcelona 1997, pp. 48 y ss.

⁶⁷⁷ MELERO BOSCH, L.V., “Hacia la societización de la administración concursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, 2011, p. 255.

profesionales entre los profesionales concernidos para el desempeño de la administración concursal⁶⁷⁸.

Ahora bien, existen también argumentos a favor de la exigencia de sociedad profesional cualquiera que sea el tipo societario adoptado, cuando hablamos de las personas jurídicas a que hace referencia el artículo 27 de la Ley⁶⁷⁹, tales como: a) el régimen jurídico de las sociedades profesionales es el que guarda mayor coherencia con la profesionalidad, rigor y responsabilidad propia del ejercicio del cargo de administrador concursal⁶⁸⁰; b) dicho cargo se imputa directamente a la persona jurídica, tal cual ocurre con la actividad de las sociedades profesionales⁶⁸¹; c) ofrece cierta garantía de estabilidad en los socios integrantes de la misma, en cuya atención se puede haber deferido el cargo de administrador concursal⁶⁸²; d) evita problemas relacionados con la propia personalidad jurídica, y por tanto con la posibilidad de ser nombradas administrador concursal, de las sociedades en formación o irregulares⁶⁸³; e) incluso permite establecer ciertos paralelismos entre las exigencias de la Ley concursal y el desarrollo de su actividad⁶⁸⁴; f) por último, hay que entender que cuando la Ley concursal ha empleado la expresión “*persona jurídica*”, ha utilizado tal término genérico porque precisamente la sociedad

⁶⁷⁸ En este sentido, VAZQUEZ ALBERT, D. en VV.AA. “*Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo*”, GARCIA PEREZ-ALBIEZ DOHRMANN (Dir.), Aranzadi, 2007, p. 67.

⁶⁷⁹ Esta es la conclusión a la que se llegó en la reunión de Magistrados de lo Mercantil de Madrid, sobre criterios de aplicación de la reforma de la Ley Concursal, celebrada el día 13 de diciembre de 2011. Disponible en internet en <http://www.aelac.es/sites/default/files/CONCLUSIONES%20CRITERIOS%20REUNION%20JUECES%20MAD%20DIC%202011.pdf>.

⁶⁸⁰ Vid. artículos 9 y 11 de la Ley de Sociedades Profesionales, que tratan sobre el desarrollo de la actividad profesional y responsabilidad disciplinaria; y sobre la responsabilidad patrimonial de la sociedad profesional y de los profesionales.

⁶⁸¹ El artículo 5.2 de la Ley de Sociedades Profesionales, establece que “*Los derechos y obligaciones de la actividad profesional desarrollada se imputarán a la sociedad, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales contemplada en el artículo 11 de esta Ley*”.

⁶⁸² Según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Sociedades Profesionales, “*la condición de socio profesional es intransmisible, salvo que medie el consentimiento de todos los socios profesionales. No obstante, podrá establecerse en el contrato social que la transmisión pueda ser autorizada por la mayoría de dichos socios*”.

⁶⁸³ “*La escritura pública de constitución deberá ser inscrita en el Registro Mercantil. Con la inscripción adquirirá la sociedad profesional su personalidad jurídica*”. (art. 8.1 de la Ley de Sociedades Profesionales)

⁶⁸⁴ El artículo 9.4 de la Ley de Sociedades Profesionales, establece que “*La sociedad profesional y su contratante podrán acordar que, antes del inicio de la prestación profesional, la sociedad profesional ponga a disposición del contratante, al menos, los siguientes datos identificativos del profesional o profesionales que vayan a prestar dichos servicios: nombre y apellidos, título profesional, Colegio Profesional al que pertenece y expresión de si es o no socio de la sociedad profesional*”.

profesional no es un tipo societario concreto, sino una clase que puede englobar bajo sus previsiones distintos tipos sociales de los existentes en la legalidad de la sociedad.

La Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la sociedad profesional en sentido estricto, es decir, la sociedad externa, dotada de personalidad jurídica propia, cuyo objeto social consiste en la prestación de servicios profesionales en el mercado, por medio de sus socios y asociados, imputándose las consecuencias jurídicas de dicha prestación de servicios a la propia sociedad profesional. Se considera sociedad profesional aquella que tenga por objeto social únicamente el ejercicio en común de una actividad profesional, que define como aquella para cuyo desempeño se requiere: a) Titulación universitaria oficial; b) Inscripción en el correspondiente colegio profesional⁶⁸⁵.

A los efectos expuestos, conviene profundizar siquiera en lo elemental, en el concepto de sociedad profesional.

CAZORLA GONZALEZ-SERRANO⁶⁸⁶ considera que la sociedad profesional y las sociedades *de o entre* profesionales no son estructuras alternativas para un mismo desempeño societario, sino que se refieren a realidades distintas. La sociedad profesional es la forma social imperativa para el ejercicio colectivo en forma asociada de

⁶⁸⁵ El artículo 1.1 de la Ley 2/2007, dispone que: “*Las sociedades que tengan por objeto social el ejercicio en común de una actividad profesional deberán constituirse como sociedades profesionales en los términos de la presente Ley. A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional. A los efectos de esta Ley se entiende que hay ejercicio en común de una actividad profesional cuando los actos propios de la misma sean ejecutados directamente bajo la razón o denominación social y le sean atribuidos a la sociedad los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional como titular de la relación jurídica establecida con el cliente*”.

Por otra parte, El ICAC, en consulta 26/2004 evacuada con fecha 30.08.2004, entendía que las sociedades de auditoría, que cumplan los requisitos previstos en el art. 10 de la Ley 29/1988 de Auditoría de Cuentas, podían integrar la administración concursal, siempre y cuando: a) no incurriesen en las incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones previstas en el art. 28 de la Ley concursal; y b) el representante designado sea socio auditor de cuentas. No se planteaba esta posibilidad para economistas o titulados mercantiles colegiados, pues se trataba de profesiones que no podían ser ejercidas por personas jurídicas, hasta la entrada en vigor de la referida Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, es decir, a partir del 16 de junio de 2007.

⁶⁸⁶ CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, número 17, Madrid 2012, p. 148.

la actividad profesional, es decir, es el tipo social que ha de adoptar todo profesional persona jurídica, y, en consecuencia, la Ley de sociedades profesionales y su régimen jurídico no son dispositivos, sino de naturaleza imperativa. Por el contrario, las sociedades *de* o *entre* profesionales se mantienen al margen de la Ley de sociedades profesionales y se refieren a supuestos de hecho que dicha norma no pretende regular, dado que en ellas la condición de profesional no reside en la sociedad, sino los socios o profesionales que las integran⁶⁸⁷.

Las sociedades de profesionales se distinguen por su profesionalidad subjetiva, no por su profesionalidad objetiva⁶⁸⁸. Son sociedades subjetivamente profesionales porque de ordinario están formadas por profesionales liberales (médicos, abogados, arquitectos, etc.). Pero no lo son objetivamente porque su objeto social no es de naturaleza profesional. Como es sabido, los profesionales no se asocian para desarrollar en común la actividad profesional, sino para otros fines de índole diversa: para compartir gastos de infraestructura, tales como inmuebles, equipos o personal auxiliar (sociedades de medios); para repartirse los resultados obtenidos por cada uno de los miembros mediante el ejercicio individual de su profesión (sociedades de comunicación de ganancias) o para mediar o poner en contacto a clientes con profesionales que les puedan asistir (sociedades de intermediación).

Aclaradas estas diferencias, tres son los elementos que caracterizan las Sociedades Profesionales, a saber: el primero tratarse de una sociedad; es el elemento genérico, que a su vez requiere la concurrencia de todos los requisitos necesarios del concepto de sociedad (origen negocial, fin común y promoción en común⁶⁸⁹) y del tipo elegido (sociedad civil, colectiva, limitada, anónima, etc.).

⁶⁸⁷ En este sentido véase también PULGAR EZQUERRA, J. en “La reactivación de las sociedades profesionales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 32, Thomson Aranzadi, Madrid 2009, pp. 210 y ss.

⁶⁸⁸ PAZ ARES, C., “El concepto de sociedad profesional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, p. 200, en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5901/documento/art017.pdf?id=8352>.

⁶⁸⁹ PAZ ARES, C., “Comentario artículo 1678” en PAZ-ARES-DIEZ-PICAZO-BERCOVITZ-SALVADOR (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, vol. II, p. 1395.

El segundo elemento (la actividad profesional como actividad programada en el objeto social) tampoco suscita mayores dudas: viene definido con razonable precisión por el art. 1.1 de la Ley de Sociedades Profesionales⁶⁹⁰. Con arreglo a este segundo elemento, podemos distinguir las sociedades profesionales y las sociedades de profesionales. Solo aquéllas tienen un objeto social profesional. El objeto de estas es de otra índole: compartir gastos, comunicar resultados o mediar entre clientes y profesionales⁶⁹¹.

El tercer elemento -el ejercicio en común de la profesión- de acuerdo con el significado que tiene la expresión en el lenguaje ordinario y en el lenguaje técnico del derecho de sociedades, constituye *un prius* para que podamos hablar de sociedad profesional, ya que es *conditio sine qua non* que concurra dicho requisito para que la sociedad pueda considerarse una sociedad como profesional. Según PAZ ARES⁶⁹² este es propiamente el elemento que captura la esencia de lo que nos indica qué es una sociedad profesional. Es el elemento definitorio del tipo. Independizado de la imputación, el significado de ejercicio en común se hace transparente a la luz del lenguaje natural u ordinario. Significa que los socios han de ejercer la profesión o, mejor dicho, comprometerse a ejercerla en el seno de la sociedad⁶⁹³.

Por su particularidad, merece un análisis especial las sociedades en las que coexistan abogados colegiados y auditores de cuentas, ya que la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de Sociedades Profesionales, en su artículo 3 permite las sociedades multidisciplinares estableciendo que las sociedades profesionales podrán ejercer varias actividades profesionales, “*siempre que su desempeño no se haya declarado incompatible por norma de rango legal*”⁶⁹⁴. De acuerdo con el artículo transcrito y teniendo en cuenta una interpretación sistemática del mismo con el propio concepto de sociedad profesional que

⁶⁹⁰ El precepto dispone que “A los efectos de esta Ley, es actividad profesional aquella para cuyo desempeño se requiere titulación universitaria oficial, o titulación profesional para cuyo ejercicio sea necesario acreditar una titulación universitaria oficial, e inscripción en el correspondiente Colegio Profesional”

⁶⁹¹ En rigor, el primer elemento ya permite separar algunos de los tipos de sociedades de profesionales (en concreto, las de medios y de comunicación de ganancias) de la sociedad profesional en sentido estricto, pues mientras aquéllos representan sociedades internas, estas son necesariamente sociedades externas.

⁶⁹² PAZ ARES, C., Vid. nota 689.

⁶⁹³ PAZ ARES, C., “El concepto de sociedad profesional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, p. 216, en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5901/documento/art017.pdf?id=8352>.

⁶⁹⁴ Modificación realizada por el art. 6 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como Ley ómnibus.

dibuja la Ley de Sociedades Profesionales, sociedad multidisciplinar es aquella que agrupa a socios que desarrollan varias actividades profesionales y reúnen los requisitos de titulación universitaria oficial y colegiación necesarios⁶⁹⁵.

La gran ventaja que supone el reconocimiento legislativo de las sociedades multidisciplinarias es que se permiten fórmulas de colaboración profesional, dando así respuesta a una exigencia social en este sentido cada día mayor, ya que de esta manera se posibilitan estructuras organizativas de profesionales más eficientes y competitivas en el mercado, a la vez que se facilita la entrada de nuevas fuentes de financiación y una significativa reducción de costes⁶⁹⁶.

La única limitación que establece la Ley en la redacción vigente es que las actividades profesionales en cuestión no sean incompatibles entre sí, remitiéndose, por un lado, al futuro desarrollo reglamentario que en la materia realice el Gobierno en la Disposición Final Segunda⁶⁹⁷ y de otro, como no podía ser de otra manera, para evitar un vacío legislativo, declarando la vigencia de la actual normativa aplicable en materia de incompatibilidades en la Disposición Transitoria Cuarta⁶⁹⁸.

⁶⁹⁵ En este sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 2009 niega que del tenor de la Ley 2/2007 pueda deducirse la posible constitución de una sociedad profesional multidisciplinar, con la circunstancia de que respecto de alguna de las actividades profesionales constitutivas del objeto social carezca de socios habilitados para su ejercicio.

⁶⁹⁶ MARQUES MOSQUERA, C., “*Comentarios al artículo 3 Sociedades Multidisciplinarias*”, disponible en http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12702116&name=DLFE-204623.pdf.

⁶⁹⁷ Que dispone: “1. Se autoriza al Consejo de Ministros para dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo de la presente Ley sean necesarias. 2. También se autoriza al Consejo de Ministros para dictar las disposiciones reglamentarias que sean precisas para adaptar la normativa sobre establecimiento o ejercicio de profesionales comunitarios a la naturaleza societaria del prestador de los servicios”.

⁶⁹⁸ Que dispone: “En tanto no entre en vigor el Real Decreto a que se refiere el apartado 2 de la disposición final segunda de esta Ley, permanecerán vigentes las normas sobre incompatibilidades para el ejercicio de actividades profesionales actualmente aplicables”.

El ejercicio de la abogacía resulta incompatible con el ejercicio de la Procura⁶⁹⁹ y con el de Auditoría⁷⁰⁰ por cuya razón nos preguntamos si será posible constituir una sociedad profesional integrada por abogados y auditores con la exclusiva finalidad de poder ser nombrados administradores concursales.

Partiendo de la base de que el artículo 16 de la Ley de Auditoria de cuentas⁷⁰¹ establece que la prestación simultanea de los servicios de auditoría y abogacía sólo es posible si se lleva a cabo por personas jurídicas diferentes, cabe preguntarse si en sede concursal sucede lo mismo.

A juicio de VÁZQUEZ ALBERT⁷⁰², en todos estos casos dudosos se podría defender que estamos ante un supuesto de incompatibilidad siempre que exista una significativa conexión entre la sociedad de auditoría y la de abogados que pudiera influir en el resultado final de la de auditoría, bien por tener en común determinados socios o administradores, bien por la existencia de intensas relaciones contractuales. Por su parte, GARCÍA-

⁶⁹⁹ Artículo 22.2.b del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española, dispone que “*El ejercicio de la Abogacía es absolutamente incompatible con el ejercicio de la profesión de procurador*”; y artículo 24.1.b del Real Decreto 1281/2002, de 5 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, proclama que la profesión de procurador “*es incompatible con el ejercicio de la Abogacía*”. A este respecto debemos señalar que la redacción original excepcionaba la prohibición para “*los casos de habilitación previstos en este Estatuto*”, inciso que fue anulado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 29 de enero de 2004. (Publicado en el BOE número 82, de 5 de abril de 2004, p. 14297).

⁷⁰⁰ El artículo 22.3. del Estatuto General de la Abogacía, establece que “*En todo caso, el abogado no podrá realizar actividad de auditoría de cuentas u otras que sean incompatibles con el correcto ejercicio de la abogacía simultáneamente para el mismo cliente o para quienes lo hubiesen sido en los tres años precedentes*”. Por su parte, el artículo 38.2.d, del Real Decreto 2/2021, de 12 de enero, que aprueba el reglamento de la Ley de Auditoria de Cuentas establece que los conflictos de interés en los que puede incurrir el auditor de cuentas, *pueden venir derivados de la confluencias o existencia de intereses de personas jurídicas o entidades a las que el auditor de cuentas haya estado vinculado por tener derechos de voto, o por pertenecer a su órgano de administración, o por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento de auditor*”.

⁷⁰¹ El artículo 16, en su apartado 4.º dispone que constituye causa de incompatibilidad “*La prestación de servicios de abogacía simultáneamente para la entidad auditada, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con consejos de administración diferentes, y sin que puedan referirse a la resolución de litigios sobre cuestiones que puedan tener una incidencia significativa, medida en términos de importancia relativa, en los estados financieros correspondientes al período o ejercicio auditado*”.

⁷⁰² VÁZQUEZ ALBERT, D., “*Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales*”, 2007, (Dir. GARCIA PEREZ y ALBIEZ DOHRMANN, editorial Thomson-Aranzadi, 2009, p. 99.

VALDECASAS BUTRÓN⁷⁰³ entiende posible una sociedad de auditoría y abogacía siempre que ambas actividades no se presten para el mismo cliente.

BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL⁷⁰⁴ considera que la incompatibilidad únicamente puede predicarse de la prestación de distintos servicios a un mismo cliente y no de actividades en general. Así, por ejemplo, no cabe que una sociedad audite las cuentas anuales de determinada sociedad y a la vez preste a la misma, asesoramiento financiero. Sin embargo, no existiría ningún problema si una sociedad profesional, que tiene por objeto a la vez las actividades propias de la abogacía y las propias de la auditoría, presta ambos servicios siempre que se trate de destinatarios diferentes. Y esta matización creemos que es extrapolable a cualquiera otra incompatibilidad, por lo que, en supuestos análogos (como puede ser el concursal), se podría establecer un sistema de incompatibilidades relativo, en el mismo sentido en que se articula hoy la incompatibilidad auditor-abogado.

Como ya he tenido la oportunidad de comentar⁷⁰⁵ me alinee con la opinión expresada por otros autores⁷⁰⁶, en el sentido de que sí que resultaría posible la sociedad profesional compuesta por abogado colegiado y auditor, puesto que se complementan en sus tareas, y en la práctica no existe problema alguno en este tipo de sociedades compuestas por Auditores y abogados. En los años que lleva en vigor la Ley concursal, ha resultado práctica frecuente las asociaciones entre abogados, y profesionales de la rama económica, con el fin común de colaborar en el concurso. Los abogados dejaban en manos de auditores, economistas o titulados mercantiles todo aquello concerniente a los temas económicos del concurso, y éstos últimos delegaban en los abogados los incidentes, las

⁷⁰³ GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J.A., “*Sobre la Ley de Sociedades Profesionales: aspectos prácticos*”, Colección Cuadernos de Derecho Registral, Edita Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 2007

⁷⁰⁴ BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL. A., “*Las Sociedades Profesionales: análisis práctico de su nueva regulación*”, Barcelona, Ediciones Experiencia, 2007.

⁷⁰⁵ LOPEZ MAÑEZ, L.E., “Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 16, 2012, pp. 143-170

⁷⁰⁶ HURTADO IGLESIIAS, S., “La reforma Concursal Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, *Revista de derecho Concursal y paraconcursal*, núm. 14, Madrid 2011, p. 19. Y también GALLEGU SANCHEZ, E. en conferencia impartida en las *Jornadas de Derecho Concursal* organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, los días 15 y 16 de septiembre de 2011.

reclamaciones, la interpretación de la Ley, y otras materias más propias de sus conocimientos.

En los casos con elementos transfronterizos, el nombramiento también debe tener en cuenta, entre otros factores, la capacidad de los administradores para poder cumplir sus obligaciones con arreglo al Reglamento (UE) 2015/848, la capacidad de poder comunicarse y cooperar con administradores concursales en procedimientos de insolvencia y autoridades administrativas y judiciales de otros Estados miembros, y poder disponer de los recursos humanos y administrativos necesarios para tratar casos complejos. A estos efectos, dados los mecanismos de cooperación forzada entre órganos jurisdiccionales y administradores concursales, la profesionalidad de todos los actores implicados debe situarse a altos niveles similares en toda la Unión.

8.2 Sociedades de capital

Ninguno de los argumentos en defensa de la tesis expuesta en el apartado anterior en defensa de las Sociedades Profesionales, le parecen lo suficientemente sólidos y convincentes a CAZORLA GONZALEZ-SERRANO⁷⁰⁷, por lo que considerar que la persona jurídica delimitada en el artículo 27 de la Ley concursal, es cualquier institución dotada de personalidad propia e independiente y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, creada por las Leyes o conforme a lo establecido en las mismas⁷⁰⁸.

Los atributos propios de las personas jurídicas son: su razón o denominación social; su domicilio (art. 41 del Código civil) y nacionalidad (art. 28 del Código civil); tener su propio patrimonio; y capacidad y responsabilidad para tener bienes, obligaciones y derechos (art. 38 Código civil).

⁷⁰⁷ CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, núm. 17, Madrid 2012, p. 149.

⁷⁰⁸ A este respecto, el artículo 35 del Código Civil establece que “*Son personas jurídicas: 2º. Las asociaciones de interés particular sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados*”.

A mi juicio puede afirmarse que cualquier tipo de persona jurídica puede ser nombrada administrador concursal⁷⁰⁹, y ello en base a las siguientes consideraciones:

En primer lugar, por la *interpretación literal* del art. 27.1 de la Ley concursal -criterio principal de interpretación normativa al amparo del artículo 3.1 del Código civil- por lo que no parece ofrecer dudas de que pueden ser administradores concursales todas las personas jurídicas, sociedades profesionales o no. Nada se dice de sociedades profesionales en sentido estricto, y no se emplean para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la previsión, ninguno de los elementos definitorios de las sociedades profesionales en sentido estricto, previstos en el artículo 1 de la Ley que las regula.

En segundo lugar, una *interpretación heurística y sistemática* del precepto impone idéntico resultado al recoger en la exposición de motivos de la reforma que se opta por las personas jurídicas como administrador concursal, (y dentro de ellas, como una subespecie, considera muy especialmente a las sociedades profesionales en sentido estricto⁷¹⁰).

Y, en tercer lugar, una *interpretación auténtica* del precepto, entendida como voluntad del legislador, puesto que, en ninguna de las enmiendas propuestas durante la tramitación parlamentaria, ha abordado la cuestión de las sociedades profesionales en sentido estricto⁷¹¹.

Si ponemos en relación el artículo 27.1 párrafo 2º, de reconocimiento de las personas jurídicas, con las excepciones que se recogen en las reglas 1ª y 2ª del apartado 4 del mismo

⁷⁰⁹ Siempre y cuando en ellas concurren los siguientes requisitos: a) Que al menos uno de sus socios sea abogado colegiado. b) Que al menos uno de sus socios tenga la condición de economista o titulado mercantil colegiado, o auditor de cuentas. c) Que los anteriormente citados socios, reúnan todas las condiciones subjetivas que la Ley establece para poder ser nombrados administradores concursales. Y d) Que los mencionados socios, no se encuentren inmersos en incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser administradores.

⁷¹⁰ A este respecto los jueces de lo Mercantil de Madrid en las conclusiones de su reunión del día 13 de diciembre de 2011 explican esta referencia genérica a la persona jurídica subrayando que “*cuando la Ley Concursal ha empleado la expresión persona jurídica ha utilizado tal término genérico porque precisamente la sociedad profesional no es un tipo societario concreto, sino una clase que puede englobar bajo sus previsiones, distintos tipos sociales de los existentes en la legalidad de la sociedad*”.

⁷¹¹ La tramitación parlamentaria puede consultarse en www.congreso.es.

artículo 27 (en la redacción que da la Ley 38/2011), es previsible que los grandes despachos profesionales y las grandes compañías auditoras pueden ser designados administradores concursales en multitud de concursos, por cuanto los grandes despachos y las grandes compañías auditoras tienen reconocidos unos conocimientos y formación especiales y específicos para hacerse cargo de concursos complejos o vinculados a la continuidad de la actividad empresarial, pero los jueces deberán poner especial cuidado en el análisis del *curriculum*, experiencia y formación que acrediten las personas físicas que aquellas grandes compañías designen, para evitar que se puedan cometer fraudes o abuso de derecho.

La Ley opta por un modelo *profesionalizado y societarizado* en el que la novedad reside en la posibilidad de que el administrador concursal único sea una persona jurídica en la que se reúnan las condiciones propias del profesional jurídico y del profesional económico. Se favorece así la designación de la persona jurídica a la vista de las ventajas que su designación en un modelo de administración concursal unipersonal y profesional pueda ofrecer, tales como la reducción de los costes del concurso⁷¹² y la eficacia en el desarrollo de las funciones concursales⁷¹³.

8.3 Representación de la persona jurídica

El artículo 63.1 del Texto refundido exige que cuando el nombramiento recaiga en una persona jurídica, ésta, al aceptar el cargo, deberá comunicar la identidad de la persona natural que haya *de representarla* para el ejercicio de las funciones propias del cargo.

Considero muy criticable la regulación contenida en el Texto refundido, y ello por dos motivos: a) porque creo que debería articularse algún tipo de control judicial a la designación (puede ocurrir que el juez considere que la persona física designada por la jurídica, no se encuentra suficientemente cualificado para desempeñar el cargo, o incluso

⁷¹² MELERO BOSCH, L.V., “Hacia la societarización de la administración concursal”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Núm. 15, 2011, p. 258.

⁷¹³ En el mismo sentido CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, núm. 17, Madrid 2012, p. 152.

que se encuentre inhabilitado, por lo que resulta más conveniente que el juez pueda “vetar” a la persona cuya identidad se comunique); b) y porque el Texto refundido se ha extralimitado en la función de refundición, al ir más allá de lo establecido en la Ley concursal objeto de refundición, al suprimir la exigencia que contenía el derogado artículo 30 de la Ley concursal, de que también ostente *la dirección* de los trabajos en el ejercicio del cargo, por lo que opta por un sistema diferente, menos rígido y más ágil, que parece adaptarse mejor al real funcionamiento de las sociedades administradoras concursales que actúan en los juzgados cada día⁷¹⁴.

La comunicación no forma parte de la aceptación. La aceptación por parte de la persona jurídica no es suficiente por si sola para producir el efecto de adquirir la condición de administrador concursal, ya que resulta necesaria la concurrencia de un segundo acto, consistente en la comunicación del nombre de la persona física que la represente, configurándose así la comunicación, como una condición suspensiva de la eficacia de la aceptación⁷¹⁵.

La comunicación de la persona física que deba representar a la jurídica debe producirse de inmediato, y tiene por objeto que el juez del concurso no solo conozca a su interlocutor/a y pueda así desarrollarse una relación basada en la confianza (fomentándose la relación interorgánica necesaria para el buen fin del procedimiento), sino también para que conozca su cualificación profesional, y preparación para llevar a cabo su función. Por ello, no logro entender la razón por la que el legislador no concede al juez la posibilidad de rechazar al designado, y solicitar la designación de otro representante que considere puede estar más preparado para hacerse cargo de la administración del concurso concreto de que se trate.

⁷¹⁴ En contra de la opinión expresada, se pronuncia ASENSIO PASCUAL, Comentario al artículo 63, “*Comentarios al articulado del texto.....*”, op. cit., p. 480, para quien la redacción del art. 63 TRLC “*supone una clara mejora de redacción con respecto a la redacción dada a los arts. 27.7 y 30 de la Ley concursal*”.

⁷¹⁵ TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 30” en *Comentario a la Ley concursal*. ROJO-BELTRAN (Dirs.), Madrid, 2004, p. 639.

La determinación de la persona que actúa en el concurso permite lograr una relación de mayor cercanía con el juez, y precisamente por ello solo podrá señalarse un único representante⁷¹⁶.

El Texto refundido distingue entre la persona natural que va a ejercer la representación de la persona jurídica, y la persona que ostentará la dirección de los trabajos. La cuestión no es baladí, puesto que la obligación de comunicar la identidad de la persona natural, solo alcanza al representante, pero no a quien ostente la dirección de los trabajos, pudiendo ser dos personas distintas, debiendo significarse que cualquier cambio en el designado, no necesitará de comunicación al juzgado ni que se dicte una nueva resolución judicial⁷¹⁷, lo que supone una muestra más del escaso control judicial, ya que se corre el riesgo de que quien “dirija” el procedimiento pueda ser “cualquiera”.

La declaración del sujeto que represente a la sociedad deberá ser emitida por una persona con poder suficiente, pero la comunicación no forma parte de la aceptación. Son dos actos independientes, cada uno susceptible de producir efectos jurídicos por sí mismo. En el caso de nombramiento de administrador persona física, la aceptación del cargo constituye una condición de eficacia del nombramiento, de modo que, una vez prestada la conformidad, el aceptante pasa a ser miembro del órgano de administración. Sin embargo, en el caso de una sociedad, existe una condición ulterior de eficacia del nombramiento, ya que la aceptación de la persona jurídica no es, de por sí, suficiente para producir el efecto de adquirir la condición de miembro del órgano, siendo necesario que se comunique el nombre de la persona física que actuará en nombre del designado. Por ello, la designación de la persona jurídica a favor de una persona natural es un deber que debe cumplirse imperativamente en el momento de la aceptación del cargo, de modo que opera como una *condición suspensiva* de eficacia de la aceptación del nombramiento; por

⁷¹⁶ Como sucede en las sociedades profesionales.

⁷¹⁷ VAQUER MARTIN, F.J., “Sobre la designación de la administración concursal. La conclusión y la rendición de cuentas”, en *El concurso y la conservación de la empresa. La armonización del derecho regulador de la insolvencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 158. En el mismo sentido, ASENSIO PASCUAL, C., “Comentario al artículo 63” en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley Concursal*. PEINADO GARCIA – SANJUAN Y MUÑOZ (Dir.), editorial SEPIN, Madrid 2020, p. 481.

lo que habrá que entender que, sin comunicación de la identidad del representante, no se produce la aceptación del cargo de la persona jurídica designada⁷¹⁸.

La comunicación debe producirse de manera inmediata, ya que, de no hacerse, se corre el riesgo de que el juez designe a otra persona jurídica. Por ello, resulta habitual que, al acto de la aceptación y designación de la persona natural, concurre el apoderado de la sociedad que a su vez va a representarla y, de ser persona distinta, concurre con el designado para que éste, en unidad de acto, acepte la designación.

El designado actuará siempre por cuenta del representado y con efectos inmediatos en la esfera jurídica del mismo. Se trata de una *representación directa*, pues la persona física ejerce en todo momento las funciones concursales en nombre del miembro administrador.

Un argumento a favor de que la regulación en la Ley concursal resultaba mucho mejor que la prevista en el Texto refundido, lo constituye el hecho de que la Ley 38/2011 añadió un párrafo al artículo 30 de la Ley concursal, según el cual la persona natural que haya de representarla debería reunir alguna de las condiciones profesionales señaladas en los apartados números 1º y 2º del artículo 27.1 de la Ley⁷¹⁹. Dicho párrafo fue suprimido por la Ley 17/2014, y tampoco consta en el texto refundido, lo que plantea la duda de si el representante debe ostentar necesariamente la condición de administrador concursal, o es algo más que un simple representante.

⁷¹⁸ En este sentido entre otros TIRADO MARTÍ, I., “*Los administradores concursales*”, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 471. También QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Comentario al artículo 30. Representación de las personas jurídicas administradores”, PULGAR EXQUERRA (dir), *Comentario a la Ley Concursal*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 511. Y, ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La representación de las personas jurídicas administradores”, en ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (dirs.) “*La administración concursal*”. VII Congreso español de derecho de la Insolvencia, Monografía 38 de la Colección de Estudios de derecho Concursal, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 239.

⁷¹⁹ Es decir: 1.º Ser abogado en ejercicio con cinco años de experiencia profesional efectiva en el ejercicio de la abogacía, que hubiera acreditado formación especializada en Derecho concursal. 2.º Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia profesional, con especialización demostrable en el ámbito concursal.

Un sector doctrinal⁷²⁰ considera que el representante de la persona jurídica necesariamente no debe ostentar la condición de administrador concursal, porque en definitiva dependerá de las funciones que tenga que cumplir. Basan su afirmación en los siguientes argumentos: en primer lugar, en el hecho de que el artículo 63.4 TRLC (anteriormente art. 30.3 Ley concursal) extiende al representante de la persona jurídica designada el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación, separación y responsabilidad establecido para los administradores concursales, presumiendo de este modo que no tiene por qué ser administrador concursal, pues en tal caso se le aplicaría directamente el régimen de incompatibilidades legalmente previsto; en segundo lugar, a la misma conclusión conduce el artículo 67.1 TRLC al prever que cuando el administrador concursal sea una persona jurídica recaerá sobre ésta la exigencia de suscripción del seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente que se debe aportar al juzgado; y, en tercer lugar, porque el artículo 63.2 TRLC exige que cuando la persona jurídica haya sido nombrada por su cualificación profesional, ésta debe concurrir en la persona natural que designe como representante, de forma que la persona natural designada debe reunir los mismos requisitos de preparación técnica por los que ha sido nombrado su representado administrador (entonces sería algo más que un mero interlocutor, puesto que debe asumir la dirección del procedimiento). La supresión referida conduce a pensar que el representante no tiene por qué cumplir los requisitos que exige el artículo 27 de la Ley concursal dado que el precepto solo exige cualificación profesional⁷²¹.

En mi opinión, de la literalidad del art. 63.4 TRLC⁷²² parece deducirse que si el designado queda sujeto al régimen de la administración concursal es porque es algo más

⁷²⁰ VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al artículo 30 LC”, en *Comentarios a la legislación concursal* (Dirs. PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G), tomo I, Madrid 2014, p. 418. En el mismo sentido ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La representación de las personas jurídicas administradores”, en ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (dirs.) *“La administración concursal”*. VII Congreso español de derecho de la Insolvencia, de la Colección de Estudios de derecho Concursal, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 238.

⁷²¹ Entendida esta como el objeto social que desarrolla y no como el conjunto de requisitos necesarios para ser administrador concursal. NUÑEZ LOZANO, P.L., “Consideraciones sobre la profesionalidad de la administración concursal”, en VV.AA., *Estudios de derecho concursal*, PEINADO GARCIA/VALENZUELA GARACH (Coord.), Madrid 2006, p. 124.

⁷²² Que establece que “Al representante de la persona jurídica nombrada administradora concursal le será de aplicación el mismo régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación, separación y responsabilidad establecido para los administradores concursales”.

que un mero representante (entendido como la persona que ejerce la representación de alguien), sino que interviene en la dirección, por lo que el Texto refundido ha sobrepasado los límites fijados por el legislador en la tarea de reordenación, clarificación y armonización de la Ley concursal.

TIRADO MARTI⁷²³ también va en la línea de entender que no es solo un representante, al considerar que la persona física que representa a la jurídica nombrado administrador concursal, debe estar inscrita en las listas integradas por los profesionales que hayan puesto de manifiesto su disponibilidad para el desempeño de la función de administrador, ya que la inscripción no es únicamente un banco de datos a disposición judicial, sino que conlleva un compromiso de especialización y de formación en materia concursal que se requiere también a los representantes.

Ahora bien, debo significar un hecho que considero relevante, consistente en que el punto 4 del artículo 67 del Texto refundido de la Ley concursal vuelve a introducir la palabra “*integrado*” al disponer que cuando el nombrado fuera una persona natural, deberá manifestar si se encuentra *integrado* en alguna persona jurídica profesional al objeto de extender el mismo régimen de incompatibilidades a los restantes socios o colaboradores.

El Texto refundido mantiene la misma expresión empleada por el artículo 27 de la Ley concursal, en redacción dada por la Ley 28/2011, actualmente vigente. La interpretación del precepto dio lugar a controversias, en la medida en que resultaba dudoso el vínculo concreto que la norma exigía. El término “integrar” podía referirse a que la persona natural fuese socia de la persona jurídica, o bien podría hacer alusión a una relación laboral o puramente mercantil. En la práctica, lo más frecuente es que las personas naturales con esta cualificación sean socias, aunque cualquier vinculación permanente y estable sería suficiente⁷²⁴. La designación del representante persona física

⁷²³ TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 30” en *Comentario a la Ley Concursal* (ROJO/BELTRAN), Madrid, 2004, p. 633.

⁷²⁴ ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La representación de las personas jurídicas administradores”, en ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (dirs.) “*La administración concursal*”. VII Congreso español de derecho de la Insolvencia, de la Colección de Estudios de derecho Concursal, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 240.

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

Tal dicción literal nos lleva a definir lo que deba entenderse por “estar integrado en una persona jurídica”, es decir, cabe preguntarse si hay que ser socio, empleado, directivo, asesor, colaborador etc., ya que la extensión de incompatibilidades alcanzaría a todas las personas que tengan relación profesional con el designado, incluido sus colaboradores. Cuestión ésta que me parece muy criticable por cuanto resulta muy frecuente que administradores concursales juristas colaboren con otros de la rama económica, y viceversa, y no por ello, aun siendo colaboradores deben extenderse las incompatibilidades.

El artículo 65.3 TRLC establece una limitación subjetiva que afecta a la persona física que pueda ser designada por la jurídica para representarla, al prohibir el nombramiento de quienes hubieran actuado en el mismo juzgado como administrador concursal o representante de una persona jurídica administradora en tres concursos dentro de los dos años anteriores, con las excepciones indicadas en el propio precepto, de que no existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente.

El motivo de esta causa de inelegibilidad⁷²⁵ es el interés del legislador por evitar la profesionalización del ejercicio de la administración concursal, que trae causa de la situación de monopolio fáctico de la práctica bajo la legislación derogada y de las corruptelas que ello ocasionaba.

El apartado 4 del artículo 63 TRLC, extiende al representante de la persona jurídica designada el régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad y separación establecido para los administradores concursales. Aunque el texto legal solo haga referencia al régimen de “incompatibilidades” y “prohibiciones”, deben entenderse

⁷²⁵ Advierte TIRADO, I., en “*Los administradores concursales*”, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, p. 433.

aplicables todas las causas generales de idoneidad, especialmente el régimen de las inhabilitaciones, de modo que quedarían fuera del órgano de administración del concurso, aquellos sujetos inhabilitados para el ejercicio de las labores propias del cargo. Nuevamente la redacción del precepto constituye una prueba más de que para la Ley concursal el representante de la persona jurídica era algo más de como se configura actualmente en el Texto refundido.

9 Posibilidad de oposición a la selección o al nombramiento de un administrador, o solicitar su sustitución

El apartado d) del artículo 26.1 de la Directiva admite la posibilidad de oposición a la elección o al nombramiento de un administrador concursal, así como solicitar su sustitución⁷²⁶. En una primera lectura, parece que el precepto prevé que los deudores y los acreedores puedan oponerse a la selección o nombramiento de un administrador cuando consideren que pueden existir un conflicto de intereses entre ellos. Lo que tendría lugar, por ejemplo, cuando el seleccionado o nombrado tuviese una especial relación con el deudor, o con algún acreedor concreto o grupo de acreedores; o cuando haya prestado sus servicios anteriormente a alguno de ellos, etc., es decir, cuando haya incurrido en cualquier causa de incompatibilidad prevista en el vigente artículo 64 del Texto refundido.

Teniendo en cuenta el precedente de la propuesta de Directiva de 22 de noviembre de 2016⁷²⁷, puede decirse que el legislador europeo considera que los deudores y acreedores tienen la posibilidad de oponerse a la selección o nombramiento, o solicitar su sustitución, en los siguientes supuestos:

- a) cuando el administrador seleccionado o nombrado, sea persona especialmente relacionada con el deudor, un acreedor o grupo de acreedores, o les haya prestado

⁷²⁶ El citado precepto establece que “Los Estados miembros garantizarán que, a fin de evitar conflictos de intereses, los deudores y acreedores tengan la posibilidad bien de oponerse a la selección o al nombramiento del administrador concursal, bien de solicitar la sustitución del administrador concursal”.

⁷²⁷ En cuyo artículo 26, apartado 2 se establecía que “los Estados miembros velarán porque las condiciones de admisibilidad y los motivos por los que un administrador concursal podría no reunir los requisitos necesarios para el nombramiento sean claros y transparentes.” Añadiendo en el apartado 3 que: “Cuando proceda, los deudores y acreedores serán consultados con respecto a la selección del administrador.”

servicios en un lapso de tiempo determinado, ya que puede existir un conflicto de intereses no deseado.

- b) cuando el administrador seleccionado o nombrado, incurra en cualquiera de las causas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición, ya prevista en la Ley.

Entiendo que la facultad de oposición prevista en la Directiva sólo deberá producirse cuando concurren los concretos supuestos que la Ley establece puesto que, si se otorga en todos los casos sin distinción alguna, el proceso de selección o nombramiento se podría alargar, encareciendo con ello indebidamente el procedimiento.

Como la Directiva⁷²⁸ establece que el procedimiento para oponerse a la selección o nombramiento de administrador, o para solicitar la sustitución del nombrado debe determinarlo cada Estado miembro, nos conduce a examinar cuales son las previsiones de la legislación española, en todo caso para ver si se pueden mejorar.

9.1 Oposición al nombramiento

La Ley de suspensión de pagos⁷²⁹, contemplaba la posibilidad de que el deudor o alguno de los acreedores pudiesen impugnar el nombramiento de los interventores judiciales, siempre que fundasen su impugnación en una causa justificada en forma documental⁷³⁰. En el caso de quiebra, los interventores eran nombrados por los acreedores

⁷²⁸ El Considerando 88 establece que *“Los Estados miembros deben poder determinar el procedimiento para oponerse a la selección o al nombramiento del administrador concursal o para solicitar la sustitución de este”*. Y seguidamente cita como uno de los procedimientos hábiles, el que tal oposición o solicitud de sustitución se realice *“por ejemplo, a través de una junta de acreedores”*.

⁷²⁹ El artículo 4 de la Ley de suspensión de pagos, establecía que *“Si el deudor o alguno de los acreedores, cuando estos fueren conocidos, impugnase el nombramiento de los interventores, el juez, previo examen de la justificación que se presente, resolverá de plano, sin ulteriores recursos, y si estimase la impugnación, designará en el mismo proveído el interventor que deba sustituir al separado, utilizando para ello el mismo procedimiento”*

⁷³⁰ Negando por consiguiente la posibilidad de todo trámite de prueba al respecto.

en la primera junta que se celebraba⁷³¹, debiéndose ratificar el nombramiento en la Junta de calificación de créditos⁷³², por lo que también era posible oponerse a su nombramiento.

El Texto refundido, como ya lo hiciera la Ley concursal, solo prevé oponerse al nombramiento mediante la interposición del recurso de reposición al auto de designación⁷³³ (así como la posible apelación del mismo), ya que dicho recurso es el medio de impugnación típico de las resoluciones interlocutorias dictadas en los procedimientos concursales⁷³⁴, siendo el equivalente al que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 451.2 para las providencias y autos no definitivos⁷³⁵.

9.1.1 Causas justificadas en las que puede fundarse el recurso

Para lograr la mayor eficiencia en los procedimientos concursales, el procedimiento para oponerse al nombramiento de un administrador concursal debe ser claro, transparente y justo. Por este motivo, las causas de oposición deben estar perfectamente

⁷³¹ El artículo 1.069 del Código de Comercio de 1.829 disponía que: *“El nombramiento del primero y segundo síndico se verificará en una misma votación por los acreedores que concurran a la Junta general, quedando elegidos los que hubiesen obtenido a su favor votos que representen la mayor suma del capital. El nombramiento del tercer síndico tendrá lugar por sólo los acreedores cuyos votos no hayan servido para resultar nombrados los dos primeros, quedando elegido aquel que mayor número de votos obtuviere”*, apostillando el artículo 1.070 que *“Puede recaer el nombramiento de síndico en cualquier acreedor del quebrado, ya lo sea por su propio derecho, o ya en representación ajena, y con preferencia en quien ejerciere o hubiere ejercido el comercio, debiendo tener los elegidos las cualidades de ser mayores de veinticinco años y la residencia habitual en el pueblo en que la quiebra tenga lugar”*.

⁷³² El artículo 1.074, disponía que *“El nombramiento de los síndicos se ratificará por los acreedores reconocidos en la Junta de calificación de créditos, o bien se hará un nuevo nombramiento si no se acordare su confirmación”*.

⁷³³ El art. 103 TRLC establece que *“contra las resoluciones sobre nombramiento, revocación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados cabrá recurso de reposición y, contra el auto que lo resuelva, el de apelación que no tendrá efecto suspensivo”*. El medio de impugnación típico de las resoluciones interlocutorias dictadas en los procedimientos concursales es el recurso de reposición. El precepto declara susceptible de recurso de reposición aquella resolución por la que se nombre, revoque o cese a los administradores concursales o auxiliares delegados, lo que se alinea con el régimen general de recursos establecido en el artículo 546 del texto refundido, al disponer que *“contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”*. Este régimen es equivalente al que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en su artículo 451.2 para las providencias y autos no definitivos.

⁷³⁴ Lo que se alinea con el régimen general de recursos establecido en el artículo 546 TRLC, al disponer que *“contra las providencias y autos que dicte el juez del concurso solo cabrá recurso de reposición, salvo que en esta Ley se excluya todo recurso o se otorgue otro distinto”*.

⁷³⁵ La norma silencia si la interposición del recurso provoca o no, efecto suspensivo, para cuya resolución hay que acudir a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme a las cuales el referido efecto suspensivo queda completamente excluido, por lo que la sustanciación del recurso no detiene el curso del proceso.

tasadas, sin que sea posible acudir a interpretaciones que no sean la literalidad de las mismas. En cualquier caso, para que el recurso contra el nombramiento de un administrador pueda prosperar, deberá alegarse (y probarse) la concurrencia de una causa que el juez considere justa, por la cual el administrador no debe ser nombrado.

Como causas claras y justas que sirvan de base para recurrir el nombramiento, podemos citar las siguientes:

- a) Que en el nombrado *no concurren las condiciones subjetivas para su designación*, es decir, que no se encuentre inscrito en el Registro Público Concursal (art. 60 TRLC). No obstante, y hasta que se apruebe el desarrollo reglamentario de la Ley a que se refiere la disposición transitoria segunda de la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, constituyen justas causas para recurrir:

En el caso de *persona física*: a) que el abogado economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, no tengan cinco años de experiencia profesional; o que, aun teniéndola, no la hayan podido acreditar; b) que los mencionados profesionales no se hallen inscritos en las listas habilitadas al efectos por los respectivos colegios profesionales; c) que no hayan puesto de manifiesto su disponibilidad para el desempeño de tal función, su formación en materia concursal y, en todo caso, su compromiso de continuidad en la formación en esta materia. (art. 27 LC).

En el caso de *persona jurídica*: que la sociedad designada no se encuentre integrada, al menos, por un abogado en ejercicio y un economista, titulado mercantil o auditor de cuentas; o que, aun estando integrada, no garantice la debida independencia y dedicación en el desarrollo de las funciones de administración concursal (Art. 27 LC).

En ambos casos, que, al aceptar, el administrador no haya justificado que tenga suscrito y vigente, un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, proporcional a la naturaleza y alcance del riesgo (artículo 29 Ley concursal).

- b) Que no se encuentre inmerso en ninguna de las causas obstativas para ser designado, es decir, que se encuentre inmerso en alguna de las causas de *incompatibilidad o prohibición* contenidas en el Texto refundido (arts. 64 y 65 TRLC), a las que me refiero al tratar de las causas de recusación, por considerar que sistemáticamente es el lugar adecuado en donde deben ser comentadas.
- c) En el concurso consecutivo: a) *el mediador concursal* que no reúna las condiciones para ser designado administrador (art. 709 TRLC); y b) *el experto independiente* que hubiera sido nombrado por el Registrador mercantil para la evaluación del plan de viabilidad de un acuerdo de refinanciación (art. 703 TRLC).

En mi opinión, las causas que la legislación española prevé para poder recurrir el nombramiento de un administrador son suficientes y acordes con la Directiva. Establecer otros procedimientos (como conferir a una junta de acreedores la legitimación para recurrir, -Considerando 88 de la Directiva-), no solo no mejoran la eficiencia de los procedimientos, sino que la empeoran porque se produce una dilación en el procedimiento que considero no se encuentra justificada⁷³⁶.

No obstante, cuando se trasponga la Directiva las causas para recurrir a los administradores en materia de reestructuración y exoneración pueden verse modificadas. Si el legislador español considera que el administrador en materia de reestructuración es un experto independiente que después se convierte en administrador concursal, habrá que modificar el art. 703 TRLC; y si considera que el administrador en materia de exoneración no es el mediador concursal, deberá modificarse el art. 709 TRLC, pero en todo caso, siempre será motivo para recurrir el hecho de que en el nombrado no concurren las condiciones subjetivas para su designación.

⁷³⁶ Efectuamos esta afirmación por cuanto las causas que pueden invocarse para recurrir un nombramiento siempre serán las mismas, siendo innecesario acudir a una junta para que, reunida en asamblea, decida si se interpone el recurso o no. Debe ser la persona legitimada la que recurra el nombramiento, y será el juez quien decidirá si procede o no, la sustitución.

Considero que las indicadas en los anteriores apartados son lo suficientemente claras, por su tipicidad, y justas que la Directiva exige.

9.1.2 Legitimación

Dispone el art. 103 TRLC que se encuentran legitimados para recurrir el nombramiento de administrador concursal, las mismas personas que según el art. 25.2 TRLC pueden apelar el auto de declaración del concurso, es decir el concursado, y quienes acrediten *interés legítimo*, aunque no hubieran comparecido con anterioridad. En ninguno de los casos existe la debida correlación con la legitimación activa para instar la separación y la revocación que se otorga a cualquiera de los legitimados para solicitar la declaración del concurso.

El precepto otorga legitimación para recurrir el nombramiento, tanto al concursado, como a otras personas que participen en el procedimiento⁷³⁷. Sin embargo, el legislador no previó la necesidad de definir su posición procesal más allá de legitimarles expresamente para personarse y otorgarles legitimación activa para formular alegaciones⁷³⁸ o efectuar impugnaciones⁷³⁹.

Esta inconcreción del legislador ha generado importantes dudas en la práctica concursal, no solo respecto de la identificación de los verdaderos terceros interesados en el concurso, sino también acerca de la legitimación de estos terceros para participar en los hitos clave del concurso.

El legislador no ha definido que debe entenderse por “*interés legítimo en el concurso*”, ni ha enumerado que personas tienen, *per se*, la consideración de personas interesadas en el procedimiento. No solo eso, sino que además la el TRLC utiliza el

⁷³⁷ Así, el apartado tercero del artículo 512 TRLC faculta a aquellos terceros que tengan *interés legítimo* en el concurso de acreedores a personarse en el procedimiento representados por procurador de los tribunales y asistidos por letrado.

⁷³⁸ El artículo 447 TRLC faculta a cualquier persona que “*acredite interés legítimo*” para personarse en la sección de calificación y efectuar alegaciones.

⁷³⁹ El artículo 297.2 TRLC otorga a los “*demás legitimados*” acción para impugnar el inventario y la lista de acreedores en el plazo de 10 días

concepto de “*interesado*” en diferentes artículos y para referirse a grupos distintos de personas: a) parecen referirse a cualquier tercero que tenga interés legítimo en el concurso, los ya citados artículos 297.2 y 447; b) parecen referirse únicamente a las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso, los artículos 25.2 y 103.2 TRLC; c) y los artículos 297, 419.3⁷⁴⁰, 427⁷⁴¹ y 464.2⁷⁴² TRLC utilizan “interesado” de un modo que no responde ni a lo indicado en los dos apartados anteriores.

La falta de definición legal del concepto de “interés legítimo en el concurso” ha provocado que sea el juez del concurso el encargado de realizar el control de suficiencia del interés invocado por el tercero para comparecer en el procedimiento concursal⁷⁴³.

En relación con el presupuesto que justifica el interés legítimo, los tribunales⁷⁴⁴ han considerado que para que el interés de un tercero sea objeto de tutela y, por ende, se permita a este tercero comparecer en el concurso se requiere la alegación en interés propio de la existencia de un perjuicio o gravamen concreto, aunque sea indirecto, potencial o futuro, derivado del procedimiento concursal. Asimismo, se ha señalado que el concepto concursal de “interés legítimo en el concurso” procede, en último término, de una noción más general de interés legítimo asociada al derecho a la tutela judicial efectiva que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso, para promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas⁷⁴⁵, y se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que, de estimarse ésta, se produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial⁷⁴⁶.

⁷⁴⁰ Que faculta a *los interesados* a interponer recurso de apelación contra el auto que aprueba el plan de liquidación.

⁷⁴¹ Que faculta a *cualquier interesado* para solicitar al juez del concurso la separación de la administración concursal y el nombramiento de otra nueva.

⁷⁴² Que faculta a *los interesados* para personarse y ser parte en la sección de calificación.

⁷⁴³ De igual manera que es el juez ordinario quien, en virtud del artículo 13.2 LEC, resuelve acerca de la intervención en los procesos de los terceros interesados originariamente no demandantes ni demandados.

⁷⁴⁴ Los autos de la Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 28ª, de 4 de diciembre de 2008 (JUR 2009\72085), y del Juzgado Mercantil número 1 de Alicante, de 22 de abril de 2010 (JUR 2010\189775) analizan el concepto de interesado, identificando la necesaria existencia de un perjuicio o gravamen para el propio interesado como presupuesto esencial para justificar la existencia de interés legítimo.

⁷⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, número 760/2011, de fecha 4 de noviembre de 2011 dictada en el recurso 964/2008, (Roj: STS 8014/2011; ECLI:ES:TS:2011:8014).

⁷⁴⁶ Sentencia número 164/2003, de fecha 29 de septiembre de 2003 del Tribunal Constitucional dictada en el recurso de amparo 3331/1992 (ECLI:ES:TC:2003:164).

No obstante, considero que tienen interés legítimo para recurrir:

- a) *Los acreedores*, quienes, aun no siendo parte necesaria en el procedimiento concursal, ni individualmente considerados ni como colectividad (junta de acreedores), queda fuera de toda duda de que debe reconocérseles dicho interés, ya que la finalidad más importante del concurso consiste en dar satisfacción a los acreedores⁷⁴⁷. El fundamento legal se encuentra en el artículo 512 TRLC cuando expresamente dispone que se encuentran facultados para interponer recursos.
- b) *La Agencia Estatal de la Administración Tributaria* ya que el art. 253 TRLC impone a la administración concursal la obligación inmediata de comunicarle la declaración del concurso, aun cuando no conste su condición de acreedor. Por lo tanto, desde el primer instante, la Agencia Tributaria tiene reconocido un interés legítimo en el concurso. Podría decirse que es un acreedor *casi necesario* en todo concurso, porque está presente en casi todos los concursos.
- c) *La Tesorería General de la Seguridad Social*, a la que al igual que sucede con la Agencia Tributaria, debe comunicársele de inmediato, sea o no acreedora, la declaración del concurso a los efectos de que pueda intervenir en el procedimiento (art. 253 TRLC). También se podría decir que este Organismo es un acreedor casi necesario por estar presente en la práctica totalidad de los concursos.
- d) *Los legitimados para presentar el concurso*, a quienes el art. 512 TRLC les legitima para interponer recursos. De entre ellos, cabe destacar a los *socios* que sean personalmente responsables de las deudas de la sociedad (art. 3.3 TRLC), y

⁷⁴⁷ GONDRA ROMERO, J.M., “Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal”, VV.AA. *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, tomo 4, p. 4596. Además, la Exposición de Motivos de la Ley concursal hacía referencias expresas a la tutela de los acreedores como finalidad principal del concurso. Al analizar los cambios sistemáticos en el procedimiento, se señala que “[...] La unidad del procedimiento [...] se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso”. Posteriormente, al exponer las líneas generales del convenio señala que “[...] la Ley fomenta (el convenio) con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo”. De estas palabras tan sólo pueden extraerse dos ideas: 1) que la finalidad más importante del concurso es satisfacer a los acreedores; 2) que no es el único objetivo (pues habla de «finalidad esencial»)

el administrador de la herencia yacente, los herederos y los acreedores del deudor fallecido en los casos de concurso de una herencia (art. 568 TRLC).

- e) *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, en el caso de concurso de una sociedad que tuviera emitidos valores o instrumentos financieros negociados en un mercado secundario oficial, y de concurso de una entidad de crédito. En este último caso también se encontraría legitimado el *Banco de España y el FROB*. La *Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*, y el *Consortio de Compensación de Seguros* en el caso de concurso de entidad aseguradora o reaseguradora. Y el *Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones* en el caso de concurso de una mutua colaboradora con la Seguridad Social (art. 572 TRLC).
- f) También considero que tendría legitimación, *el administrador concursal de la sociedad dominante de la concursada*, aunque ninguna norma le otorga esta legitimación. Considero que su interés es legítimo, por cuanto la sociedad dominante es quien controla lo que ocurre en el ámbito de la sociedad dominada.

Existen otros intervinientes en el concurso, que teóricamente se encuentran legitimados para recurrir el nombramiento de administrador concursal, aunque dicha facultad en la práctica es nula, por cuanto se intervención normalmente se produce en una fase avanzada del concurso. Dichos intervinientes son:

- a) *El Ministerio Fiscal*, a quien su Estatuto Orgánico le autoriza para “tomar parte” en los procesos que la Ley determine⁷⁴⁸. El texto refundido de la Ley concursal se refiere al Ministerio Fiscal en el artículo 509, otorgándole la consideración inequívoca de parte procesal en la sección de calificación; el art. 51.2 que establece la necesidad de que sea oído previamente, en los casos en los que se tenga que resolver la cuestión de competencia territorial planteada por el deudor a través de la declinatoria; el art. 463.2 que prevé la posibilidad de que el

⁷⁴⁸ Artículo 3.6 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Ministerio Fiscal pueda instar una sección autónoma de calificación en los casos de adopción de medidas administrativas que comporten la disolución y liquidación de una entidad y excluyan la posibilidad de declarar el concurso; y el art. 4 que prevé la intervención del Ministerio Fiscal, cuando en las actuaciones por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico se pongan de manifiesto indicios de estado de insolvencia de algún presunto responsable penal⁷⁴⁹.

Además, deberá ser oído antes de que el juez adopte frente al deudor alguna de las siguientes medidas: la intervención de las comunicaciones; la entrada en su domicilio y su registro; y el arresto domiciliario⁷⁵⁰. Igualmente, la Ley prevé la colaboración del Ministerio Fiscal con los jueces de lo mercantil a través del juez penal, con ocasión de su intervención en los procesos por delitos contra el patrimonio y orden socioeconómico.

- b) *El Fondo de Garantía Social* cuya intervención es necesaria desde que conste la existencia de créditos laborales y se ponga de manifiesto su posible responsabilidad en el abono de salarios e indemnizaciones (art. 418.2 TRLC). En tales supuestos la citación judicial del Fondo de garantía salarial es obligatoria para que pueda asumir sus obligaciones, por lo que debe tener la consideración de parte necesaria en el procedimiento concursal.
- c) *Terceros adquirentes de bienes* o derechos susceptibles de ser objeto de rescisorias concursales; o potenciales adquirentes de *unidades productivas*, a quienes el art. 512.3 TRLC admite su personación.

⁷⁴⁹ En estos casos, el Ministerio Fiscal instará del juez que conozca de la causa la comunicación de aquellos hechos a los acreedores cuya identidad resulte de las actuaciones penales en curso, a fin de que, en su caso, puedan solicitar la declaración de concurso o ejercitar las acciones que les correspondan.

2. De igual modo, el Ministerio Fiscal instará del juez que esté conociendo de la causa la comunicación de los hechos al juez competente para conocer del concurso del deudor por si respecto de este se encontrase en tramitación un concurso de acreedores.

⁷⁵⁰ Así lo dispone el tercer apartado del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En mi opinión la legislación española cumple con las exigencias de la Directiva al permitir al deudor y los acreedores tener la posibilidad de oponerse al nombramiento del administrador, e incluso se permite dicha posibilidad a otros interesados que la Directiva no contempla, por lo que en este aspecto, no es necesario introducir otras medidas que mejoren la eficiencia del procedimiento.

9.2 Recusación

La recusación, junto con la separación, son los dos mecanismos de los que se sirve la Ley, para garantizar la inexistencia de cualquier atisbo de interés subjetivo que provoque parcialidad en quien ha de tomar decisiones trascendentales para la marcha del concurso. Debe evitarse la posible o probable concurrencia de toda sospecha o juicio de probabilidad en orden a garantizar la objetividad e imparcialidad del administrador concursal, es decir, con ambos institutos se pretende conseguir la neutralidad judicial que ha de concurrir en quienes integren este órgano fundamental para lograr la eficaz y eficiente desarrollo del concurso⁷⁵¹.

Ambas figuras son distintas y también es diferente el procedimiento para instar cada una de ellas⁷⁵². La recusación es el acto procesal por el que una persona implicada directamente en el concurso persigue la remoción del administrador concursal, por entender que concurre una causa que pone en peligro su imparcialidad o que posibilita el correcto desarrollo de la actividad que debe desarrollar conforme a la Ley concursal⁷⁵³. Por el contrario, la separación procede cuando el administrador concursal incumple gravemente sus funciones⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Sentencias de la Audiencia provincial de Sevilla de 7 de febrero de 2018, rec. 9629/2017, (Roj: SAP SE 1368/2018, ECLI: ES:APSE:2018:1368); y de 25 de abril de 2019, rec. 7128/2018, (Roj: SAP SE 753/2019, ECLI:ES:APSE:2019:753).

⁷⁵² La recusación se sustancia por los trámites del incidente concursal (art. 74 TRLC), mientras que la separación se resuelve mediante un procedimiento más rápido, sin necesidad de acudir al incidente concursal.

⁷⁵³ TIRADO MARTI, I., “La recusación de los administradores concursales”, en *Los administradores concursales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 542.

⁷⁵⁴ Artículo 100 del Texto refundido.

El Derecho español no existe la recusación sin causa, siendo muchas veces difícil de probar las causas legales de recusación y, en especial, la más problemática, como es la enemistad que, por lo demás, debe ser manifiesta. Las causas de recusación son tasadas, y no admiten interpretaciones analógicas porque forman parte de un *numerus clausus* y no es posible su extrapolación a supuestos distintos a los contemplados en la Ley, por lo que resulta inadmisibles alegar sospecha de parcialidad alegando cualquier circunstancia no recogida en la Ley⁷⁵⁵.

Considero acertado el hecho de que existan unas causas de recusación tasadas, sin que sea necesario realizar ninguna adaptación del Derecho español, a la Directiva, tal y como seguidamente examino.

9.2.1 Causas de recusación

El artículo 73 TRLC establece que los administradores concursales pueden ser recusados por concurrir en ellos alguna de las circunstancias constitutivas de incompatibilidad o prohibición a que se refieren los artículos 64 y 65 TRLC, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de peritos por entenderse que en todas esas circunstancias está en riesgo su imparcialidad para el correcto desarrollo de la administración concursal.

No resulta fácil la determinación de las causas de recusación porque tras la remisión a las causas impeditivas del nombramiento y ejercicio del cargo, el precepto se remite a las causas de recusación establecidas en la legislación procesal civil, excluyendo la penal, en cuya jurisdicción se han estudiado con mayor profundidad⁷⁵⁶.

La referencia a las causas de recusación de perito establecidas en la LEC, excluye las causas que ocasionan su *tacha*, y provoca una nueva remisión a las causas de recusación previstas en la Ley Orgánica del poder Judicial, en donde no existe un catálogo

⁷⁵⁵ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, DIJUSA, Madrid, 2000, p. 253, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 26 de abril de 1980.

⁷⁵⁶ TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 33”, VV.AA. *Comentario de la Ley concursal* (ROJO/BELTRAN Dirs.), Thomson Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 670.

de causas de recusación de peritos, sino un detalle de las causas que dan lugar a un deber de *abstención* y la posibilidad de recusar a los jueces y magistrados, lo que da lugar a que los administradores concursales están sujetos a tres causas de recusación más, que los propios órganos judiciales.

Por lo tanto, son causas de recusación:

- 1) Las circunstancias constitutivas de incompatibilidad y prohibición, a las que me refiero seguidamente.
- 2) Las establecidas en el art. 124 LEC⁷⁵⁷, para la recusación de peritos, es decir:
 - i. “Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio de este”, lo que trasladado al ámbito concursal significa que el administrador puede ser recusado cuando sea socio o dependiente de cualquiera de los acreedores o haya tenido una relación profesional con cualquiera de ellos⁷⁵⁸.
 - ii. “Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso”.
- 3) Respecto del bloque de causas recusación para jueces y magistrados previstas en el art. 219 de la LOPJ, resultan de aplicación al concurso las siguientes:
 - i. “el vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con cualquiera de las partes”;

⁷⁵⁷ De las tres causas que indica el precepto, debemos excluir la primera “Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, ya sea dentro o fuera del proceso”, por cuanto no resulta de aplicabilidad al caso del administrador concursal, porque se trata de la emisión de un dictamen para un caso concreto.

⁷⁵⁸ La relación profesional debe entenderse que no debe ser esporádica sino continuada, ya que, para presumir el riesgo de una actuación ilícita en favor de un acreedor, es necesario que preexista una relación duradera de la que surja el peligro. Se basa la causa de recusación en el hecho de que entre las funciones del administrador se encuentra la de investigar el comportamiento pasado del concursado.

- ii. tener igual relación a la del apartado anterior “hasta el segundo grado, con el letrado y procurador de las partes”;
- iii. “ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de éstas”;
- iv. “estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta”;
- v. “ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes”;
- vi. “tener pleito pendiente con alguna de las partes”;
- vii. “amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los legitimados para recusar”;
- vii. “tener interés directo o indirecto en la causa”.

El elenco previsto en la legislación española como causas de recusación es lo suficientemente amplio como para considerar la necesidad de adaptación de la Directiva en esta materia. Debe recusarse al administrador cuando sea socio o dependiente del deudor o de cualquiera de sus acreedores, así como cuando tenga participación en sociedades que sean parte del proceso (proveedores, acreedores financieros, etc.) porque tal condición puede comprometer el deber de independencia que le resulta exigible.

También por falta de independencia, debe constituir justa causa de recusación, el ser persona especialmente relacionada con el deudor⁷⁵⁹, puesto que también considera el legislador que esa relación (no solo con familiares hasta el cuarto grado, sino incluso con los representantes procesales del deudor) resulta inhabilitante para poder seguir asumiendo las funciones de administrador concursal.

Además de las causas expuestas, en otros lugares del Texto refundido se introducen otras causas muy acertadamente, a mi modo de ver, que son:

⁷⁵⁹ En este sentido el legislador ha previsto la subordinación de los créditos que ostentan las personas especialmente relacionadas con el deudor, por la razón de que esa especial relación puede llevar a maquinaciones o inteligencias fraudulentas encaminadas a perjudicar a los acreedores.

- a) Que, en los tres años anteriores a su designación, el nombrado, sin justa causa, no hubiese comparecido en otro concurso, no hubiese aceptado el cargo, o no hubiese tenido suscrito el seguro (art. 70 TRLC).

Son casusas de auténtica relevancia. No comparecer en un juzgado para aceptar, denota *desidia* y *apatía* en el designado, incompatible con la rapidez y eficiencia con la que debe desempeñar su función; y el hecho de no tener suscrito el seguro constituye causa invalidante para ejercer el cargo.

- b) Que el nombrado hubiese infringido la obligación de no adquirir por si, o por persona interpuesta, ni aún en subasta, bienes y derechos integrados en la masa activa (art. 208 TRLC).

Bajo mi punto de vista, el hecho de infringir la obligación de no adquirir bienes o derechos integrados en la masa activa constituye la causa más grave de las enunciadas, ya que no está basada en la presunción de imparcialidad (como ser socio, o persona especialmente relacionada), sino que resulta una infidelidad, un incumplimiento palmario del deber de lealtad para con el interés del concurso se integra en la naturaleza propia del administrador concursal.

9.2.2 La concurrencia de prohibiciones como causa específica de recusación

Las prohibiciones configuran una categoría poco precisa y susceptible de varios significados, aunque, en cualquier caso, el concepto lo concibe la legislación concursal como una amplia categoría que engloba a las *incompatibilidades*. Como consecuencia de ello, el precepto se estaría reiterando, si bien podemos referirnos a las limitaciones subjetivas o prohibiciones en sentido lato, para diferenciarlas de las incapacidades.

Las prohibiciones derivan de la imposibilidad de desarrollar simultáneamente dos actividades de forma correcta, debido a la existencia de una relación de cercanía personal o profesional que dificulta el ejercicio independiente de las funciones concursales.

Las prohibiciones vienen establecidas en el artículo 65 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Estas causas son las siguientes:

- 1) *La primera que recoge la norma consiste en una duplicación con la incompatibilidad descrita en el número 2 del artículo 64 TRLC⁷⁶⁰, consistente en el hecho de que no podrán ser nombrados administradores concursales quienes estén especialmente relacionados con alguna persona que haya prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor o a personas especialmente relacionadas con este en los últimos tres años.*

La prohibición tiene todo su sentido por cuanto su actuación debe estar presidida por la imparcialidad, sin que se encuentre condicionada por razones de parentesco, amistad o profesionales. Ahora bien, para comprobar si la causa es transparente, debemos analizar el alcance de las expresiones que utiliza el precepto.

El alcance de la expresión “*personas especialmente relacionadas*” no tiene mayor problema, puesto que el Texto refundido introduce presunciones *iuris et de iure* que afectan a todos los sujetos comprendidos en una *enumeración taxativa* de modo que cualquier persona que se encuentre incluido en la relación, tendrá la consideración de persona especialmente relacionada.

La consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado se basa en la distinción entre persona natural y jurídica. Respecto a la persona natural, el art. 282 TRLC⁷⁶¹ se ha alineado tanto con una esfera familiar amplia (que comprende al

⁷⁶⁰ Ya comentada, a cuyo comentario me remito.

⁷⁶¹ Dispone el art. 282 TRLC que: “*Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural: 1.º El cónyuge del concursado o quién lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior. 3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. 4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas mencionadas en los números anteriores, así como sus administradores de derecho o de hecho. Se presumirá que existe control cuando concorra alguna de las situaciones previstas en el apartado primero del artículo 42 del Código de Comercio. 5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior. 6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradoras de derecho o de hecho*”.

cónyuge o asimilado del concursado; ascendientes, descendientes y hermano tanto para el concursado como de su cónyuge y asimilado; cónyuges de los ascendientes, descendientes y hermano del concursado), como con una esfera societaria próxima que comprende a las personas jurídicas controladas (de hecho o de derecho) por la esfera familiar, o que formen parte del grupo familiar de empresas.

Respecto a la persona jurídica, el art. 283 TRLC⁷⁶² contempla múltiples posiciones jurídicas (socios de responsabilidad limitada, socios de referencia, administradores y liquidadores de hecho y de derecho, directores y apoderados generales y sociedades del mismo grupo), pudiéndose apreciar con claridad que el legislador considera a la sociedad mercantil como modelo de la persona jurídica, lo que puede causar, a juicio de TIRADO MARTI⁷⁶³, algunos problemas de adaptación a personas jurídicas de distinta naturaleza.

El Texto refundido realiza una presunción *iuris tantum* de carácter general, que afecta a todos aquellos que tengan la condición de acreedor en el momento de la declaración del concurso por haber adquirido el crédito de una persona especialmente relacionada con el concursado dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso (art. 284 TRLC).

⁷⁶² Dispone el art. 283 TRLC que: “*Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica: 1.º Los socios que conforme a la Ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior. 2.º Los administradores, de derecho o de hecho, los liquidadores del concursado persona jurídica y los directores generales de la persona jurídica concursada con poderes generales de la empresa, así como quienes lo hubieran sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso. 3.º Las sociedades que formen parte del mismo grupo que la sociedad declarada en concurso. 4.º Los socios comunes de la sociedad declarada en concurso y de otra sociedad del mismo grupo, siempre que, en el momento de nacimiento del derecho de crédito, sean titulares en esa otra sociedad, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. otorgada en virtud de dicho acuerdo o convenio y aunque hubieran asumido cargos en la administración del deudor por razón de la capitalización*”.

⁷⁶³ TIRADO MARTI, “Comentario al artículo 93”, *Comentarios de la Ley Op. cit.*, t. 2, p. 1672.

En cuanto al alcance de la expresión “*servicios profesionales*” considero que debe aceptarse en su sentido más amplio, puesto que basta con estar especialmente relacionado con alguna persona que haya prestado un solo servicio al deudor (o a la persona especialmente relacionada con este) para que la prohibición opere. Con esta previsión, el legislador prohíbe ser administrador a quien ha prestado servicios “de forma indirecta” al deudor o a su entorno personal o familiar.

- 2) La *segunda prohibición* consiste en la denominada “*regla del tres por dos*”, en el sentido de que no podrán ser nombrados administradores concursales las personas que hubieran sido designadas para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores; ni tampoco el representante de la persona jurídica designado administrador, que hubiera actuado en el mismo juzgado, como administrador o representante de la persona jurídica, en tres concursos dentro de los dos años anteriores, contados desde la fecha del primer nombramiento.

TIRADO MARTI⁷⁶⁴, considera que la prohibición consiste en el interés del legislador por evitar la profesionalización del ejercicio de la administración concursal, que trae causa de la situación de monopolio fáctico de la práctica bajo la legislación derogada y de las corruptelas que ello ocasionaba.

Al establecer esta prohibición, el legislador considera que aceptar más de esos tres concursos es una carga de trabajo que puede ralentizar la duración del proceso, y empeorar la eficiencia del administrador, dañándose la calidad del servicio.

El propósito de esta prohibición es, pues, evitar la profesionalización, o, si se prefiere, la habitualidad en el desempeño de una función⁷⁶⁵ pero la práctica ha demostrado que el objetivo previsto no se ha cumplido. En realidad, muchísimos administradores ejercen su labor no solo en los diferentes juzgados de lo mercantil de una misma

⁷⁶⁴ TIRADO MARTI, I., “*Los administradores concursales*”, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 435. En el mismo sentido, ASENSIO PASCUAL, C., “Comentario al artículo 63” en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*. PEINADO GARCIA – SANJUAN Y MUÑOZ (Dirs.), editorial SEPIN, Madrid 2020, p. 494.

⁷⁶⁵ VAZQUEZ IRUZUBIETA C., “*Comentarios a la Ley concursal*”, DIJUSA, Madrid, noviembre 2003, p. 358.

ciudad, sino en los juzgados de distintas ciudades, lo que provoca que la eficacia y dedicación -sustrato de la prohibición- no se cumple, habiendo sido más deseable su supresión, o darle un alcance distinto.

Se trata, más bien, de una limitación subjetiva, por cuanto afecta a personas que, reuniendo todas las condiciones para el nombramiento, quedan fuera para proteger el interés de terceros. Pero el legislador, consciente de que en algún momento puede existir una situación de desabastecimiento, también ha previsto dos condiciones que suavizan la prohibición: que solo se activa cuando no existan suficientes personas disponibles en el listado de inscritos; y los concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas, que se computarán como uno solo⁷⁶⁶.

En mi opinión se aumentaría la eficiencia de los procedimientos si se modificase la prohibición de la *regla del tres por dos*, bien haciéndola extensible a los nombramientos que se produzcan en todo el territorio nacional, o en una provincia concreta⁷⁶⁷. Como uno de los objetivos de la Directiva consiste en una rápida y eficiente resolución de los procedimientos de insolvencia, considero que, en la trasposición, el legislador español debería tener en cuenta esta reflexión.

⁷⁶⁶ Considera la AP Madrid, Sección 28ª, en la Sentencia de 11 de noviembre de 2019 [JUR 2020, 71021], que se está ante un grupo empresarial, a efectos de concurso, si existe control conforme a lo descrito en el art. 42.1 CCom, aunque las sociedades involucradas en la situación concursal sean ambas filiales o dominadas, y son aplicables las previsiones de la Ley concursal relativas al grupo de sociedades. A estos efectos, manifiesta que *“la jurisprudencia entiende que el hecho de que, a efectos de la Ley concursal, la remisión al art. 42-1 del Código de Comercio suponga que solo tenga la consideración de grupo societario el que ha venido a denominarse grupo “jerárquico” (y que queden excluidos los grupos “paritarios”, “horizontales” o “por coordinación”) no supone que, para que la existencia del grupo tenga trascendencia en el concurso, necesariamente tenga que estar involucrada en el concurso la sociedad dominante, bien porque se tramiten como concursos conexos los de la dominante y de una o varias dominadas, bien porque se plantee la subordinación del crédito de la sociedad dominante en el concurso de la dominada. Lo realmente relevante para determinar la existencia o inexistencia de grupo, consiste en verificar si dichas sociedades se encuentran o no controladas, directa o indirectamente, por alguien.*

⁷⁶⁷ Teniendo en cuenta, por ejemplo, que en Madrid existen 16 juzgados de lo mercantil, si a una misma persona la nombran administrador en todos los juzgados, significaría que, en el periodo de dos años, estaría tramitando simultáneamente 48 concursos, lo que resulta incompatible con la eficiencia que la Directiva desea. Además, resulta bastante frecuente que en la actualidad los administradores no circunscriban su actuación a la ciudad en la que residen, sino que la hagan extensible a las provincias limítrofes, o incluso al ámbito de la Comunidad Autónoma, o estatal, lo que produce una gran concentración de concursos en un solo administrador que resulta incompatible con la eficacia que persigue el legislador europeo.

- 3) La *tercera prohibición* consiste en que tampoco podrán ser nombrados administradores concursales, ni designados por la persona jurídica cuando se haya nombrado a ésta como administrador concursal, quienes hubieran sido separados de este cargo dentro de los tres años anteriores⁷⁶⁸, ni quienes se encuentren inhabilitados⁷⁶⁹.

Dicha prohibición es absolutamente lógica, ya que, si un administrador ha sido separado del cargo, debe establecerse un periodo en el cual no pueda volver a nombrársele.

- 4) Y la *cuarta prohibición* consiste en las previstas para el caso de concurso consecutivo, que vienen referidas en el art. 703 TRLC en el sentido de que existe una prohibición especial para el experto independiente que hubiera sido nombrado por el Registrador mercantil para la evaluación del plan de viabilidad de un acuerdo de refinanciación. A estos efectos resulta irrelevante si el acuerdo se haya suscrito finalmente o se haya homologado, puesto que lo relevante de la prohibición es el mero nombramiento como experto independiente.

9.2.3 La concurrencia de incompatibilidades como causa específica de recusación

Contrariamente a lo que sucede con las prohibiciones que derivan de la imposibilidad de desarrollar simultáneamente dos actividades, las incompatibilidades responden al reproche del ordenamiento jurídico por un comportamiento pasado del sujeto. Las incompatibilidades para ser administrador concursal no traen causa de una inadecuación abstracta, ni persiguen la sanción de una conducta, sino que los sujetos incompatibles reúnen las condiciones de idoneidad y su comportamiento previo no merece reproche alguno⁷⁷⁰.

⁷⁶⁸ Ya comentado en el apartado “separación”, a cuyo contenido me remito.

⁷⁶⁹ En clara referencia a quienes por sentencia firme se le hayan desaprobado las cuentas en un concurso anterior (ex. art. 480 TRLC).

⁷⁷⁰ TIRADO MARTI, I., “*Los administradores concursales*”, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 435.

El artículo 64 TRLC establece un catálogo de incompatibilidades que constituye una *lista cerrada* por lo que no pueden apreciarse causas distintas a las indicadas en el precepto.

- 1) En *primer lugar*, indica que no podrán resultar nombrados para desempeñar el cargo de administrador concursal, por estar incurso en una causa de incompatibilidad propia, quienes no puedan ser administradores de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada.

Tal previsión legal obliga a estar a lo dispuesto en el artículo 213 de la Ley de Sociedades de Capital⁷⁷¹, que declara que no pueden ser nombrados administradores los menores de edad no emancipados, los incapacitados judicialmente, y los inhabilitados, cuya exclusión en sede concursal resulta totalmente innecesaria ya que su capacidad debe existir en el momento de su nombramiento⁷⁷².

Llama la atención que el art. 213 de la Ley de Sociedades de Capital solo impide ser administrador a las personas inhabilitadas conforme a la Ley concursal *mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso*⁷⁷³, excluyendo así a los inhabilitados temporalmente como consecuencia de

⁷⁷¹ Dicho precepto establece que “*no pueden ser administradores los menores de edad no emancipados, los judicialmente incapacitados, las personas inhabilitadas conforme a la Ley concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso y los condenados por delitos contra la libertad, contra el patrimonio o contra el orden socioeconómico, contra la seguridad colectiva, contra la Administración de Justicia o por cualquier clase de falsedad, así como aquéllos que por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio. Tampoco podrán ser administradores los funcionarios al servicio de la Administración pública con funciones a su cargo que se relacionen con las actividades propias de las sociedades de que se trate, los jueces o magistrados y las demás personas afectadas por una incompatibilidad legal*”.

⁷⁷² ESPIGARES HUETE, J.C., “Las prohibiciones legales para el cargo de administrador concursal” en ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (dirs.), *La administración concursal. VII Congreso español de la Insolvencia*, Monografía nº 38 de la Colección de estudios de Derecho concursal, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 69.

⁷⁷³ A este respecto, el artículo 455.2. TRLC establece que la Sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, entre otros el siguiente pronunciamiento: “*2.º La inhabilitación de las personas naturales afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un período de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo período. La duración del periodo de inhabilitación se fijará por el juez atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio causado a la masa activa, así como a la existencia de otras sentencias de calificación del concurso como culpable en los que la misma persona ya hubiera sido inhabilitada. Excepcionalmente, en caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal en el informe de calificación, la*

la desaprobación de la rendición de cuentas, ya que éstos tampoco podrán ser designados administradores concursales durante el periodo de tiempo fijado en el auto⁷⁷⁴.

Pero no se trata de un olvido, puesto que a continuación el precepto citado también considera incompatibles para ser administradores concursales a aquellas personas que *por razón de su cargo no puedan ejercer el comercio*⁷⁷⁵. A tenor de lo dispuesto en el art. 13 del Código de Comercio, estas no solo serán las que por Ley o disposiciones especiales no puedan comerciar, sino también las *personas que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley concursal mientras no haya concluido el período de inhabilitación*⁷⁷⁶, por lo que el Código de Comercio sí que impide ejercer el comercio a los administradores inhabilitados temporalmente como consecuencia de la desaprobación de la rendición de cuentas.

Otro grupo de sujetos con incompatibilidad para ser administradores concursales que menciona el art. 213 de la Ley de Sociedades de Capital, lo constituye quienes han sido condenados por delitos contra la libertad⁷⁷⁷; contra el patrimonio u orden

sentencia podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada durante el tiempo de cumplimiento del convenio o por periodo inferior”.

⁷⁷⁴ El artículo 480 TRLC señala como efecto de la desaprobación de las cuentas “*la inhabilitación temporal del administrador o administradores concursales para ser nombrados en otros concursos durante un período que determinará el juez en la sentencia de desaprobación y que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a dos años*”.

⁷⁷⁵ A este respecto, el artículo 14 del, Código de Comercio señala que “*No podrán ejercer la profesión mercantil por sí ni por otro, ni obtener cargo ni intervención directa administrativa o económica en sociedades mercantiles o industriales, dentro de los límites de los distritos, provincias o pueblos en que desempeñan sus funciones: 1.º Los Magistrados, Jueces y funcionarios del Ministerio Fiscal en servicio activo. Esta disposición no será aplicable a los alcaldes, Jueces y Fiscales municipales, ni a los que accidentalmente desempeñen funciones judiciales o fiscales. 2.º Los jefes gubernativos, económicos o militares de distritos, provincias o plazas. 3.º Los empleados en la recaudación y administración de fondos del Estado, nombrados por el Gobierno. Exceptúanse los que administren y recauden por asiento, y sus representantes. 4.º Los Agentes de Cambio y Corredores de Comercio, de cualquier clase que sean. 5.º Los que por Leyes o disposiciones especiales no puedan comerciar en determinado territorio*”.

⁷⁷⁶ Añade el artículo 13 del Código de Comercio que “*Si se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga*”.

⁷⁷⁷ Los delitos contra la libertad se encuentran tipificados en el Título VI, del Libro II, compuesto de tres capítulos, a saber: Capítulo I “*De las detenciones ilegales y secuestros*” (arts. 163 a 168); Capítulo II “*De las amenazas*” (arts. 169 a 171); y Capítulo III “*De las coacciones*” (arts. 172 a 172 ter).

socioeconómico⁷⁷⁸; contra la seguridad colectiva⁷⁷⁹; contra la administración de justicia⁷⁸⁰ o por cualquier caso de falsedad⁷⁸¹.

Todos estos supuestos son incompatibles con el ejercicio leal y en interés del concurso que debe presidir las actuaciones del administrador concursal. Si un individuo ha sido condenado por los delitos indicados, resulta evidente que su conducta no es honesta, por lo que no puede desempeñar un cargo de confianza del juez.

- 2) *En segundo lugar*, el apartado 2 del artículo 64 TRLC establece la incompatibilidad de quienes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor, en los últimos tres años, y la extiende a quienes las hayan prestado a personas especialmente relacionadas con éste, es decir, a las personas especialmente relacionadas con el concursado, persona natural o persona jurídica, así como para los profesionales que hubiesen compartido con el deudor, en los últimos tres años, el ejercicio de actividades profesionales de la misma o diferente naturaleza (Abogados, auditores de cuentas, economistas o titulados mercantiles).

⁷⁷⁸ Los delitos contra el patrimonio u orden socioeconómico, se encuentran recogidos en el Título XIII, del Libro II, compuesto de catorce capítulos, que tipifica: los *hurtos* (art. 234 a 236); los *robos* (arts. 237 a 242); la *extorsión* (art. 243); el *robo y uso de vehículos* (art. 244); la *usurpación* (arts. 245 a 247); las *defraudaciones* (que contempla en los artículos 248 a 256 los delitos de estafa, administración desleal, apropiación indebida, defraudaciones de fluido eléctrico y análoga); la *frustración de la ejecución* (arts. 257 a 258 ter); las *insolvencias punibles* (arts. 259 a 261 bis); la *alteración de precios en concursos y subastas públicas* (art. 262); los *daños* (arts. 263 a 267); los *delitos contra la propiedad intelectual, industrial, relativos al mercado y los consumidores y la corrupción en los negocios* (arts. 270 a 288); los delitos societarios (arts. 290 a 297); y la *receptación y blanqueo de capitales* (arts. 298 a 304).

⁷⁷⁹ Los delitos contra la seguridad colectiva, se encuentran recogidos en el Título XVII, del Libro II, compuesto de cuatro capítulos, a saber: Capítulo I “*De los delitos de riesgo catastrófico*” (tipificados en los arts. 341 a 350, que contemplan los relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes, los estragos, y los de riesgo provocados por expletivos y otros agentes; Capítulo II “*De los incendios*” (arts. 351 a 358 bis); Capítulo III “*De los delitos contra la salud pública*” (arts. 359 a 378); y Capítulo IV “*De los delitos contra la seguridad vial*” (arts. 379 a 385 ter).

⁷⁸⁰ Se encuentran tipificados en el Título XX del Libro II, compuesto por nueve capítulos que tipifican los delitos de *prevaricación* (arts. 446 a 449); la *omisión de los deberes de impedir delitos o promover su prosecución* (art. 450); el *encubrimiento* (arts. 451 a 454); la *realización arbitraria del propio derecho* (art. 455); la *acusación, denuncia falsa y simulación de delitos* (arts. 456 y 457); el *falso testimonio* (arts. 458 a 462); la *obstrucción a la justicia y deslealtad profesional* (arts. 463 a 467); el *quebrantamiento de condena* (arts. 468 a 471) y los *delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional* (art. 471 bis).

⁷⁸¹ Contemplados en el Título XVIII del Libro II, en el que se tipifican la *falsificación de moneda y efectos timbrados* (arts. 386 a 389); las *falsedades documentales* (arts. 390 a 400 bis); la *usurpación del estado civil* (art. 401) y la *usurpación de funciones públicas y del intrusismo* (arts. 402 a 403).

La prueba de la incompatibilidad puede ocasionar serias dificultades. Existen pocas resoluciones que traten sobre este asunto, pero considero relevante citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5, de 21 de septiembre de 2010 (JUR 2011/83333; Sentencia 402/2010; Rollo 3068/2010)⁷⁸².

Como ya me he pronunciado con anterioridad, y por las razones ya expuestas, considero fundamental que se mantenga la causa de incompatibilidad.

- 3) En *tercer lugar*, el artículo 64 TRLC establece la incompatibilidad de quienes se encuentren en alguna de las situaciones de incompatibilidad previstas en la legislación en materia de auditoría de cuentas⁷⁸³, en relación con el propio deudor, sus directivos

⁷⁸² Dicha Resolución dispone: “PRIMERO El artículo 33 de la Ley concursal señala como causa de recusación de los administradores concursales las circunstancias constitutivas de incapacidad, incompatibilidad o prohibición a que se refiere el artículo 28 de la misma Ley, así como las establecidas en la legislación procesal civil para la recusación de los peritos, estando entre las primeras, con respecto al administrador concursal acreedor, la de ser éste competidor del deudor, y entre las segundas, a tenor de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que remite, a su vez, al artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la de tener pleito pendiente con el deudor. SEGUNDO Pues bien, tras resolver el juzgador “a quo” el incidente de recusación de administrador concursal de que el presente rollo dimana, insiste la concursada, Gemasa, XXI, S.L., en su escrito de interposición del recurso de apelación, en la recusación de la administradora concursal acreedora, Hispano Andaluza de Proyectos y Obras, S.A., en base a dichas causas, la de ser competidor de la concursada y la de tener pleito pendiente contra la misma. TERCERO La primera de dichas causas no puede tener acogida, como así lo entendió, acertadamente, el juzgador de instancia, pues, no obstante la parcial coincidencia de las actividades que, según las notas simples registrales aportadas a las actuaciones, constituyen el objeto social de una y otra sociedad, lo cierto es que, hasta la fecha, se han venido dedicando a actividades diferentes, la de promotora, la concursada, y la de constructora, la administradora concursal recusada, como pone de manifiesto la documentación aportada por ésta última, no contradicha por la primera, de modo que, hasta ahora, no puede decirse que haya existido competencia entre ambas.”

⁷⁸³ El artículo 13 del Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de Julio establece unas causas específicas de incompatibilidad para los auditores, siendo éstas las siguientes: a) *La condición de cargo directivo o de administración, el desempeño de puestos de empleo o de supervisión interna en la entidad auditada, o el otorgamiento a su favor de apoderamientos con mandato general por la entidad auditada;* b) *Tener interés financiero directo o indirecto en la entidad auditada si, en uno u otro caso, es significativo para cualquiera de las partes;* c) *La existencia de vínculos de matrimonio, de consanguinidad o afinidad hasta el primer grado, o de consanguinidad colateral hasta el segundo grado, incluidos los cónyuges de aquellos con quienes mantengan éstos últimos vínculos, con los empresarios, los administradores o los responsables del área económica-financiera de la entidad auditada;* d) *La llevanza material o preparación de los estados financieros u otros documentos contables de la entidad auditada;* e) *La prestación a la entidad auditada de servicios de valoración que conduzcan a la evaluación de cantidades significativas, medidas en términos de importancia relativa, en los estados financieros u otros documentos contables de dicha entidad correspondientes al período o ejercicio auditado, siempre que el trabajo de valoración conlleve un grado significativo de subjetividad;* f) *La prestación de servicios de auditoría interna a la entidad auditada, salvo que el órgano de gestión de la entidad auditada sea responsable del sistema global de control interno, de la determinación del alcance, riesgo y frecuencia de los procedimientos de auditoría interna, de la consideración y ejecución de los resultados y recomendaciones proporcionadas por la auditoría interna;* g) *La prestación de servicios de*

o administradores, o con un acreedor que represente más del diez por ciento de la masa pasiva del concurso.

Coincido con la mayor parte de la doctrina⁷⁸⁴ al criticar el precepto, por considerar que no resulta aceptable, a nivel sustantivo y procesal, el hecho de que se admita como administrador concursal a un auditor de cuentas del propio deudor, de sus directivos o administradores o de un acreedor, siempre que el capital que reclama en el concurso no supere el diez por ciento de la masa pasiva del concurso, por cuanto no resulta admisible que se confíe en la integridad de los profesionales cuando los créditos representados no superen el diez por ciento, y sin embargo, se les denigre con la sospecha de parcialidad cuando se supera dicho porcentaje.

- 4) Y, en *cuarto lugar* el artículo 575 TRLC extiende las incompatibilidades para ser nombrado administrador a las personas nombradas por el Juez a propuesta del FROB, el Consorcio de Compensación de Seguros o la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Resulta evidente que las personas propuestas por los organismos señalados no van a incurrir en ninguna de las incompatibilidades señaladas en primer lugar (salvo las relacionadas con el ejercicio del cargo), ni tampoco se aplicará la incompatibilidad a

abogacía simultáneamente para la entidad auditada, salvo que dichos servicios se presten por personas jurídicas distintas y con consejos de administración diferentes, y sin que puedan referirse a la resolución de litigios sobre cuestiones que puedan tener una incidencia significativa, medida en términos de importancia relativa, en los estados financieros correspondientes al período o ejercicio auditado; h) La percepción de honorarios derivados de la prestación de servicios de auditoría y distintos del de auditoría a la entidad auditada, siempre que éstos constituyan un porcentaje significativo del total de los ingresos anuales del auditor de cuentas o sociedad de auditoría, considerando la media de los últimos tres años; i) La prestación a la entidad auditada de servicios de diseño y puesta en práctica de sistemas de tecnología de la información financiera, utilizados para generar los datos integrantes de los estados financieros de la entidad auditada, salvo que ésta asuma la responsabilidad del sistema global de control interno o el servicio se preste siguiendo las especificaciones establecidas por dicha entidad, la cual debe asumir también la responsabilidad del diseño, ejecución, evaluación y funcionamiento del sistema. Igualmente, el Real Decreto 1517/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla el Texto Refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, dedica los arts. 43 a 55 a la regulación de la independencia y de las incompatibilidades de los auditores de cuentas.

⁷⁸⁴ VAZQUEZ IRUZUBIETA C., “Comentarios a la Ley concursal”, DIJUSA, Madrid, Noviembre 2003, p. 357. En el mismo sentido, IÑIGUEZ ORTEGA, P., “Comentario al artículo 28”, en GALLEGOS SANCHEZ, E. (Coord.), *Ley Concursal Comentarios, jurisprudencia y formularios*, Ed. La Ley, Madrid 2002, p. 366.

las indicadas en segundo lugar, si la persona designada, en el desempeño de su cargo o función encomendada por el organismo para el que trabaja, ha llevado a cabo alguna actuación con la empresa concursada. Y en cuanto a la señalada en tercer lugar, tampoco será aplicable cuando tengan que ver con el ejercicio de servicios profesionales por parte de la persona natural designada como administración concursal, pero sí, otras como la que hace referencia las situaciones de interés financiero directo o indirecto en el deudor concursado, sus directivos o administradores, o a la existencia de vínculos personales⁷⁸⁵.

9.2.4 Régimen procesal

El Texto refundido de la Ley concursal, en sus vigentes artículos 72 a 74, admite la posibilidad de que los administradores concursales puedan ser recusados por cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso.

En lo que se refiere a las *personas legitimadas* para presentar el concurso, estas son las que menciona el art. 3 TRLC, que señala con carácter general a los acreedores y al deudor, es decir, aquellas personas que tienen un interés primario en el concurso. No obstante, también se encuentran legitimados el mediador concursal (art. 705.1 TRLC), el segundo miembro de la administración concursal, en el caso de administración dual (art. 100 TRLC); los socios, miembros o integrantes de una persona jurídica que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla⁷⁸⁶; los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia yacente (art. 568 TRLC); y las asociaciones de consumidores y usuarios, también disponen, *prima facie*, de legitimación activa (art. 11 LEC).

⁷⁸⁵ Artículos 16 a 20 de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas.

⁷⁸⁶ De la interpretación de la regla contenida en el art. 3.3 TRLC puede extraerse que tienen legitimación para recusar los socios de una sociedad civil externa (art. 1498 Código Civil); los socios colectivos de una sociedad colectiva (art. 127 Ccom.), de la comanditaria simple (art. 148 Ccom.), y de la comanditaria por acciones (art. 151 Ccom.); los miembros de una agrupación de interés económico (art. 5 Ley de Agrupaciones de interés económico); los socios de una mutualidad de seguros a prima variable y, en fin, los de una mutualidad a prima fija, cuando así se establezca estatutariamente (arts. 9.2 y 10.1 Ley Ordenación y supervisión de los seguros privados)

En mi opinión no se mejoraría la eficiencia de los procedimientos de insolvencia si la posibilidad de recusar se extendiera a otros interesados en el concurso, ya que conceder tal facultad a personas distintas del deudor o los acreedores, implicaría una demora en la tramitación del procedimiento, lo que redundaría en que fuese menos eficaz.

En cuanto al *régimen de recusación*, dada la finalidad de esta institución jurídica, la primera cuestión que se puede abordar es que no se puede plantear en cualquier momento, por la importancia que tiene apartar a una persona sobre quien recae sospecha de parcialidad, sino que ha de plantearse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde, lo que resulta muy adecuado para dar agilidad al procedimiento, y tiene como consecuencia una mayor eficacia del mismo.

En caso contrario, es decir, cuando se conoce la existencia de causa y no se formula inmediatamente, sino en un momento propicio para el recusante, supondría claramente un supuesto de abuso de derecho, rechazable jurídicamente. En este sentido son taxativos el artículo 74.1 TRLC y el artículo 223.1 LOPJ, disponiendo ambos que la recusación deberá proponerse “tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde”, pues, en otro caso, no se admitirán a trámite⁷⁸⁷.

Un elemento característico de la recusación y que la confronta con la separación del art. 100 TRLC, es el hecho de que se sustancia por el trámite del *incidente concursal*⁷⁸⁸, mientras que la separación se desarrolla en forma más simple al ser directamente resuelta por el juez mediante auto⁷⁸⁹. Por esta razón, junto con su solicitud, el recusante deberá aportar los medios de prueba en los que basa la recusación⁷⁹⁰.

⁷⁸⁷ Fundamento jurídico segundo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, de fecha 25 de abril de 2019, rec. 7128/2018, Roj: SAP SE 753/2019 - ECLI:ES:APSE:2019:753.

⁷⁸⁸ Previsto en los artículos 532 y ss. TRLC, tramitándose en la forma establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los juicios verbales, con las especialidades contenidas en la norma concursal.

⁷⁸⁹ GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “La separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación, VV.AA. (dir. ROJO/QUIJANO/CAMPUZANO) *La liquidación de la masa activa. VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia “In memoriam” Emilio Beltrán*, Cizur Menor, 2014, p. 382.

⁷⁹⁰ A este respecto citamos la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de noviembre de 2019, rec. 1523/2019, que considera extemporánea la recusación basada en hechos que tuvieron lugar antes de la declaración del concurso, y de los que debía haber tenido noticia como administrador de la concursada. En el mismo sentido, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil d Murcia de 11 de marzo de 2020, rec.

El apartado 3 del Art. 74 TRLC establece que la demanda de recusación no tendrá efectos suspensivos, por lo que el recusado seguirá actuando como administrador concursal hasta que se dicte una resolución firme, sin que dicha resolución afecte a la validez de sus actuaciones.

9.2.5 Consecuencias jurídicas

En lo que respecta a las *consecuencias jurídicas* de la estimación de una recusación, considero que deben extraerse de las prevenidas en Art. 127 LEC, en relación con su régimen legal específico de Art. 73 del Texto refundido. Así, el administrador dejará de serlo, procediendo el juez, de inmediato, a un nuevo nombramiento⁷⁹¹ debiendo devolver el administrador cesado la credencial acreditativa de su condición de administrador que se le facilitó en su día⁷⁹².

La dicción literal del precepto garantiza la eficiencia de los procedimientos, por cuanto se desprende la voluntad del legislador de que la actividad iniciada por un administrador no quede paralizada⁷⁹³, ni tan siquiera en los plazos que excedan de una audiencia, porque la paralización puede ir en detrimento de la actividad y control del concursado, y, en última instancia, de los acreedores.

El juez puede efectuar el nuevo nombramiento de inmediato, porque tiene a su alcance los medios para hacerlo, ya que obra en su poder el listado de administradores concursales que los Colegios profesionales o el Decanato de los Juzgados le han hecho llegar a principio de cada año

8/2019, rechaza la recusación por considerar que los recurrentes conocían la causa desde bastante tiempo atrás a que se plantease la recusación.

⁷⁹¹ Así lo establece el art. 101.1 TRLC al disponer que “*En todos los casos de cese de un administrador concursal, el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento. Al cese y al nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido.*”

⁷⁹² Así lo dispone el artículo 68.2 TRLC, al indicar que “*La credencial deberá ser devuelta al juzgado en el momento en el que por cualquier causa se produzca el cese del administrador concursal.*”

⁷⁹³ El artículo 516 TRLC exige al juez que dicte las resoluciones “*sin dilación*”, exigiendo el art. 66 que la comunicación del nombramiento de administrador al designado, se realice “*por el medio más rápido*”, y si no compareciere, no tuviera suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente o no aceptase, proceda “*de inmediato*” a un nuevo nombramiento (art. 69 TRLC).

La sentencia de cese debe inscribirse en la sección cuarta del Registro Público Concursal (art. 561 TRLC), debiendo darse de baja en dicho Registro al afectado (art. 104 TRLC). En cuanto a la *publicidad* del nuevo nombramiento, dispone el art. 101 TRLC que habrá que dársele la misma que hubiera tenido el sustituido, por lo que entiendo que deberá dársele la misma publicidad que el auto de declaración de concurso, esto es: inserción del anuncio en el BOE; comunicación al Registro Público Concursal; al Registro de la Propiedad en donde consten inscritos bienes del concursado; y al Registro Mercantil, si se trata de un empresario individual, sociedad o entidad inscribible la que ha sido declarada en concurso (porque así lo prevé el artículo 320 del Reglamento del Registro Mercantil).

El último de los efectos de la sentencia de separación consiste en la obligación de rendir cuentas de la gestión realizada hasta ese momento⁷⁹⁴.

El éxito de la recusación no tiene efecto retroactivo sobre las actuaciones del administrador hasta ese momento, ni supone privación alguna de retribución contra la masa, que sólo existe cuando, supone una sanción civil, si bien, la recusación es independiente de las eventuales responsabilidades en que pueda haber incurrido.

Entiendo que el legislador español, al trasponer la Directiva, debería mantener la regulación general de la recusación de los administradores concursales, y de los administradores en materia de exoneración.

⁷⁹⁴ La obligación de la rendición de cuentas no surge de forma instantánea ni automática con el cese, sino que requiere de una resolución judicial, normalmente una Providencia, que así lo indique, y deberá presentarse en el plazo de un mes computado de fecha a fecha – art. 133.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil- a contar desde la notificación del requerimiento, y serán objeto de los mismos trámites, resoluciones y efectos previstos en el art. 478 y siguientes del texto refundido. En el escrito de rendición de cuentas, el administrador concursal justificará cumplidamente la utilización que haya hecho de las facultades conferidas; expondrá de los pagos y, en su caso, de las consignaciones realizadas de los créditos contra la masa y de los créditos concursales; detallará la retribución que le hubiera sido fijada por el juez para cada fase del concurso, especificando las cantidades percibidas, incluidas las complementarias, así como las fechas de cada una de esas percepciones, y expresará los pagos del auxiliar o auxiliares delegados, si hubieran sido nombrados, así como los de cualesquiera expertos, tasadores y entidades especializadas que hubiera contratado, con cargo a la retribución del propio administrador concursal. Asimismo, precisará el número de trabajadores asignados por la administración concursal al concurso y el número total de horas dedicadas por el conjunto de estos trabajadores al concurso. (art. 102 TRLC).

Ahora bien, en cuanto al administrador en materia de reestructuración, considero que, de conformidad con la Directiva, debería poder ser recusado en dos supuestos: a) cuando no haya prestado la asistencia debida a las partes en la negociación y elaboración de un plan de reestructuración, lo que incluye la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos; b) cuando no haya presentado planes de reestructuración teniendo obligación de hacerlo (art. 9 Directiva).

9.3 Separación

El legislador español, en el vigente artículo 100 del Texto refundido⁷⁹⁵, ha previsto que un administrador concursal ya nombrado y ejerciendo sus funciones, pueda ser separado del cargo por el juez, bien de oficio, o bien a instancia de quienes están legitimados para solicitar el concurso, debiendo concurrir “justa causa” que así lo justifique.

El precepto constituye una de las manifestaciones de la amplia discrecionalidad que la Ley concursal concede al juez del concurso en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación a las circunstancias del caso⁷⁹⁶.

La administración concursal se configura en nuestra Ley concursal como órgano gestor de intereses ajenos que se concretan en el interés del concurso, y que tiene como pilares la *confianza* que debe generar este órgano concursal, tanto por razón de su debida imparcialidad, como por la exigible objetividad en sus decisiones que han de ser siempre

⁷⁹⁵ El artículo 100 TRLC dispone que “*Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o del otro miembro de la administración concursal, podrá separar del cargo a cualquiera de los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.*”

⁷⁹⁶ Así lo declara la exposición de motivos IV de la Ley concursal.

diligentes, aspectos que se deben entender personalizados en el administrador concursal integrante del órgano, y que ha de tener consecuencias a la hora de fijar el régimen de separación.

Se trata, en suma, de reconocer en los miembros integrantes de la administración concursal, la imperativa condición de desempeño del cargo o labor conforme con el modelo de conducta que define la institución, modelo para cuyo cumplimiento organiza la Ley concursal a la administración concursal alrededor de un conjunto de actos de diversa naturaleza, pero de unitario y sólido fundamento en la consecución del interés del concurso. La separación se encuentra íntimamente ligada a la labor de supervisión del juez y a las incompatibilidades y prohibiciones establecidas para ser administrador y, en consecuencia, a la facultad de recusación (aunque diferenciada de la misma), ya que con frecuencia la concurrencia de una prohibición legal solo se conocerá tras el nombramiento.⁷⁹⁷

Dada la estabilidad necesaria que precisa el cargo de administrador concursal, la concurrencia de justa causa es absolutamente necesaria, puesto que no cabe la separación “*ad nutum*” sino que requiere de la existencia de una causa de entidad, razonable y fundada, sin que quepa, sin más, equipararse a las discrepancias en su actuación ni pueda instrumentalizarse como vehículo para formular quejas e intentar combatir las aseveraciones contenidas en el informe de la administración concursal⁷⁹⁸.

La separación de un administrador concursal exige la concurrencia de varios presupuestos. Desde un punto de vista *sustantivo o material*, ha de darse una causa que

⁷⁹⁷ CAMPUZANO, A.B., “*La administración concursal*”, GPS concursal, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 376.

⁷⁹⁸ En el caso de los administradores de sociedades mercantiles, el principio de revocabilidad *ad nutum* representa la manifestación clara de la subordinación de los administradores societarios al superior órgano como es la junta general, de manera que prevalezcan siempre los intereses de la sociedad sobre el de los administradores. Vid. Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca 01.09.2011. Incidente Concursal 22/2011. Y SANCHEZ CALERO, F., “administradores, artículos 123 a 1432” en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo IV, Madrid, 1994, p. 188 y ss.; y GALLEGO SANCHEZ, E., “Artículo 223 Cese de los administradores”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, en ROJO/BELTRAN (Dir.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1585.

lo justifique; y desde el *adjetivo o procesal*, la adopción de la resolución debe reunir una serie de requisitos formales.

9.3.1 Causas de separación

Para que se produzca la válida separación de un administrador concursal el artículo 100 TRLC exige la concurrencia de una *justa causa*⁷⁹⁹, convirtiéndose en un requisito imprescindible para que se produzca la válida separación, sin que el precepto establezca un listado o *numerus clausus* de causas que puedan considerarse justas para la separación, sino que debe ser el juez quien deba apreciarla a la vista de las circunstancias concurrentes.

La justa causa es un concepto jurídico general e indeterminado que, como tal, hace referencia a una parcela de la realidad cuyos límites no están perfectamente determinados. La concreción de este concepto es siempre una actividad de cognición, no de mera volición o discrecionalidad. El juez ha de buscar la justicia de la causa, pero no basándose exclusivamente en su parecer, sino valorando la totalidad de datos que afectan a la situación⁸⁰⁰.

La concurrencia de justa causa para acordar la separación de un administrador exige un análisis pormenorizado que tenga en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, dado que su contenido se encuentra definido en la Ley a través de los preceptos que regulan los deberes/funciones del administrador y que conforman el modelo de su conducta⁸⁰¹.

⁷⁹⁹ La separación por justa causa es también la solución prevista en el derecho alemán, que exige la concurrencia de “causa relevante” (*wichtiger Grund*: v. *InsO* § 59).

⁸⁰⁰ TIRADO MARTI, I., “*Los administradores concursales*”, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 529.

⁸⁰¹ MONTERO GARCIA-NOBLEJAS, P., “La separación del administrador concursal”, *La administración concursal*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 643, con cita de la Sentencia de la AP Alicante, de 3 de noviembre de 2014

En Derecho español, la exigencia de una causa justa debe entenderse como la insuficiencia de la mera opinión del juez de manera que éste no está legitimado para separar “*ad nutum*”⁸⁰².

En Derecho italiano el administrador concursal puede ser separado por el *Giudice delegato*⁸⁰³, sin necesidad de justa causa, teniendo como límite únicamente el abuso de derecho. No es necesario que haya incumplido sus funciones, basta con que, a juicio del órgano judicial delegado, convenga al concurso. Se fundamenta su regulación en el hecho de que se trata de un cargo con naturaleza pública, en el que desaparece el carácter contractual, y en el que prima el desarrollo de un determinado oficio⁸⁰⁴. No obstante, en Italia se exige la motivación de la separación por el juez, circunstancia que normalmente se fundamenta en incumplimientos graves de su cargo; si bien, en todo caso, el juez conserva una amplia discrecionalidad en orden a la adopción de la decisión⁸⁰⁵.

En Francia también se prevé la posibilidad de que el tribunal sustituya al administrador concursal o incluso pueda añadir uno o más administradores de los que han sido designados. Esta medida podrá adoptarse bien de oficio o bien a instancia del juez-comisario o del Ministerio público, quienes, a su vez, podrán recibir la solicitud del administrador, del deudor o de un acreedor⁸⁰⁶. Por su parte, en Bélgica se trata de una facultad del tribunal de comercio que podrá en todo momento reemplazar a los síndicos, o aumentar o disminuir su número⁸⁰⁷.

⁸⁰² Así se expresan: MORRAL SOLDEVILA, R., “Comentario al artículo 37” en SAGRERA/SALA/FERRER (Dirs.), *Comentarios a la Ley concursal*, tomo I, p. 418; UREÑA MARTINEZ, M., “Comentario al artículo 37” en BERCOVITZ (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I, Tecnos, Madrid 2004, p. 347; y CAMPUZANO, A.B., en “*La administración concursal*”, GPS concursal, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 376.

⁸⁰³ Cfr. Artículo 37 de la Legge Fallimentare.

⁸⁰⁴ De manera que no debe existir un derecho de conservación del mismo. GALLEGOS SANCHEZ, E., “La administración concursal” en *Estudios sobre la Ley concursal*, Tomo II, Madrid Barcelona, 2005, p. 1349.

⁸⁰⁵ Así se han considerado como fundamentos de la separación, la ausencia de distribución de las sumas disponibles durante un largo periodo de tiempo, el detenimiento injustificado de la gestión del procedimiento, así como la falta de respuestas ante solicitudes del juez delegado. (vid. GROSSI, M.R., *Il nuovo curatore fallimentare*, Giuffrè editores, Milán 2009, pp. 138-139)

⁸⁰⁶ Cfr. Artículo L621-7 Code de Commerce, tal y como ha sido modificado por la Ordonnance núm 2014-326, de 12 de marzo de 2014.

⁸⁰⁷ Cfr. Artículo 31 de la Loi du 8 Aout 1997 sur les faillites.

La determinación de las circunstancias que permiten al juez apreciar esa falta de adecuación, presentan una vertiente *subjetiva* (la concurrencia de un hecho que quebrante la falta de confianza que debe presidir las relaciones entre el juez y el administrador y otra *objetiva* (la idoneidad en el administrador para ejercer las funciones encomendadas por la Ley).

a) Causa subjetiva

Dentro de este concepto jurídico indeterminado de "justa causa", se integra *la imparcialidad* para el ejercicio de la función de administración concursal, como causa de pérdida de confianza. Debe subrayarse que los administradores concursales son delegados de la autoridad judicial, con facultades asesoras del Juez, órgano principal del concurso de acreedores, y fiscalizadores del concursado o administradores de la masa concursal.

Siguiendo a TIRADO MARTI⁸⁰⁸ la relación de confianza entre el juez, y el administrador concursal designado, constituye un aspecto de valoración subjetiva, por lo que la desconfianza sobrevenida en el administrador constituye *causa subjetiva* para el cese, al haberse quebrado la relación personal entre ambos. La administración concursal es la fuente de información principal del órgano jurisdiccional; cuando desaparece la fiabilidad de ésta, se dificulta el funcionamiento del procedimiento concursal y, por tanto, es preferible que se separe al administrador concursal, porque al juez no se puede cambiar.

Como se ha dicho, debe tomarse en consideración que la administración concursal se configura en nuestra legislación como órgano gestor de intereses ajenos que se concretan en el interés el concurso, y que tiene como pilar básico la confianza que debe presidir las relaciones entre el juez y el órgano concursal. La ruptura o erosión de la relación personal entre el juez y el administrador, puede dar lugar a la remoción del cargo del órgano de administración.

⁸⁰⁸ TIRADO MARTI, "Los administradores...", op. cit., p. 531. En Alemania la pérdida de confianza del juez también es razón para la separación del órgano (HASEMEYER, L., "Insolvenzrecht", editorial Heymanns, 2007, p. 96). Y en derecho italiano, se ha considerado causa de separación la crítica del *curatore* sobre el modo en que había redactado la resolución de apertura del procedimiento concursal (v. Cass. Trib. Bologna de 8-5-1984, en *Il fallimento*, 1985, p. 1465, disponible en MASSIMO FERRO, "la Legge fallimentare", 2ª edición, 2011

La naturaleza jurídica y funciones de los administradores concursales requieren la imparcialidad, fundada en la confianza que debe inspirar, como garantía, para el Juzgado y las partes, de modo que no se origine duda alguna razonable sobre la existencia de prejuicios o prevenciones en el ejercicio de su función, bien por relaciones con las partes o con el objeto del concurso, siempre que se exterioricen y apoyen en datos objetivos acreditados.

Constituye pues, justa causa de separación la pérdida de confianza en el administrador por parte del juez que lo designó⁸⁰⁹, ya que el administrador es un órgano auxiliar del juez y cargo de su confianza, hasta tal punto que el legislador otorga al juez del concurso todas las decisiones en relación con su nombramiento, recusación y cese⁸¹⁰.

Incluso las apariencias pueden tener importancia y ser relevantes cuando afecta a la confianza, base de la imparcialidad, de su alejamiento de los intereses en litigio y de las partes, para lo que basta ponderar las conexiones de hecho que puedan afectar a la confianza o apariencia de objetividad o imparcialidad para el ejercicio del cargo de administrador, conexiones que, en definitiva, puedan enturbiar la imparcialidad y la confianza en la que se sustenta⁸¹¹.

b) Causas objetivas

Objetivamente pueden constituir causas justas de separación, entre otras, la enfermedad física o psíquica que impida el normal ejercicio de las labores de la

⁸⁰⁹ AAP Cádiz, Sección 5ª, núm. 26/2019, de 17 de enero. AC\2019\907. También separación por la actitud pasiva al no recibir las notificaciones en tiempo (Auto 32/2017, de fecha 23 de febrero de 2017, de la Audiencia Provincial de Salamanca. JUR\2017\123126).

⁸¹⁰ Auto Juzgado Mercantil 1 de Murcia, de 5 de febrero de 2010, que gira en torno a la interpretación del art. 37 LC sobre la separación de oficio del administrador concursal, cuando concurra justa causa. En el caso de autos, la situación de enfrentamiento personal dentro del órgano de administración del concurso llevó a sus miembros a una manifiesta dejación de sus obligaciones. Dicho incumplimiento, en opinión del Juez, es motivo suficiente para incluirlo entre las justas causas que permiten la separación de oficio. Paralelamente, se acuerda la pérdida de su derecho a la remuneración, debiendo restituir lo percibido hasta el momento. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 14, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Primer semestre de 2011, ed, la Ley, p. 281.

⁸¹¹ Así lo considera la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3, de fecha 14.11.2011 (Sentencia 353/2011; Rollo 252/2011),

administración concursal⁸¹²; las circunstancias personales que puedan concurrir en el administrador, tales como inestabilidad familiar o cambio de domicilio; y la producción de un daño a la masa en el ejercicio del cargo.

Si el artículo 80 TRLC⁸¹³ contiene la descripción del comportamiento profesional de un administrador concursal con ocasión de un conflicto de intereses actual o potencial, entre los privados del administrador y los generales del concurso al que sirve, el artículo 100 TRLC hace la función de cláusula resolutive de la relación del administrador concursal con el concurso cuando su comportamiento no es profesional por desleal. Precisamente, esta perspectiva de la cuestión es la que justifica que el legislador haya preferido un concepto general, el de "*justa causa*", en vez de concretar la causalidad de la separación.

Este concepto, constituye la causa genérica de la separación. Aunque sea un concepto indeterminado como habitualmente lo describe la jurisprudencia (en cuanto su contenido no está definido en la Ley), es susceptible de dotarse de contenido a través de aquellos preceptos que contemplan los deberes y las funciones del administrador concursal que conforman el modelo de conducta definitorio de la institución concursal⁸¹⁴.

Especial atención merece la separación por el incumplimiento de los deberes asignados a la administración concursal, lo que incluye el incumplimiento de los deberes específicos señalados por la Ley, así como el incumplimiento del parámetro general de diligencia que debe observarse en el desarrollo de todas sus funciones, circunstancia ésta que, en régimen general, deberá ser probada por quien pretenda la separación⁸¹⁵.

La justa causa recogida en el art. 100 TRLC no se refiere a la aprobación o desaprobación que merezcan internamente las decisiones de la Administración Concursal,

⁸¹² TIRADO MARTI, "*Los administradores...*", op. cit., p. 533.

⁸¹³ Que consagra los deberes de diligencia y lealtad en el desempeño del cargo por parte de los administradores concursales.

⁸¹⁴ Auto de la Audiencia provincial de Salamanca, Sección 1ª, núm. 32/2017, de 23 de febrero. JUR\2017\123126.

⁸¹⁵ TIRADO MARTI, "*Los administradores...*", op. cit., p. 532.

en sí mismas consideradas, sino en la celeridad, atención, buena diligencia, dedicación y lealtad a los intereses del concurso con las que aquellas son acometidas⁸¹⁶.

Dentro de las causas objetivas dos son los incumplimientos que provocan la remoción del administrador concursal: el de los deberes genéricos y específicos.

a) Entre los *deberes genéricos*, cuyo incumplimiento provoca, *en todo caso*, la separación del administrador concursal, el apartado 2 del artículo 100 TRLC establece dos causas: el incumplimiento grave de las funciones de administrador, y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe.

Ambas causas solo son aplicables a la separación del administrador concursal, que es en quien recae la responsabilidad de formar el inventario y la lista de acreedores, y el único al que la Ley le obliga a presentar el informe, por lo que no son extensibles a la revocación del nombramiento de auxiliar delegado.

En cuanto al *incumplimiento grave de las funciones de administrador* (anteriormente recogidas en el artículo 33 de la Ley concursal) vienen establecidas a lo largo del articulado del Texto refundido, pudiéndose señalar como causas las siguientes:

- la infracción del deber de presentar el informe dentro de plazo⁸¹⁷;

⁸¹⁶ Auto 51/2019 de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 11 de abril de 2019 (Roj: AAP GU 130/2019, ECLI:ES:APGU:2019:130A).

⁸¹⁷ Artículo 296.2º TRLC y SAP Lugo, Sección 1ª, 246/2013, de 20 de junio. El informe debe presentarse dentro de los dos meses siguientes a contar desde la fecha de la aceptación del cargo (art. 290 TRLC), si bien, dicho plazo puede ser prorrogado en los siguientes supuestos: a) Si el plazo de comunicación de créditos venciera después del plazo legal para la presentación del informe, en cuyo caso el plazo se prorrogará de manera automática hasta los cinco días siguientes a la conclusión del plazo para la comunicación de los créditos; b) Si concurrieran circunstancias excepcionales, en este caso puede solicitarse prórroga por tiempo no superior a dos meses más; c) Si el número de acreedores fuera superior a dos mil, en cuyo caso la administración concursal podrá solicitar una prórroga por tiempo no superior a cuatro meses más. (art. 291 TRLC).

- la infracción de la prohibición de adquirir bienes y derechos de la masa activa que, al ser inhabilitados para el ejercicio del cargo, producirá su cese (art. 208 TRLC⁸¹⁸);
- el incumplimiento de la obligación de comunicar de forma telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento, los informes trimestrales sobre el estado de las operaciones de liquidación (art. 424 TRLC⁸¹⁹);
- y la prolongación de la liquidación sin causa que la justifique (art. 427 TRLC⁸²⁰).

Resulta evidente que el incumplimiento grave de dichas obligaciones supone una causa objetiva de separación, que además ataca la eficiencia de los procesos concursales.

A las causas anteriores podemos añadir otras construidas por la jurisprudencia, de las que podemos mencionar: la emisión de informes no rigurosos ni imparciales ni adecuados a las circunstancias concretas, la separación por desavenencias claras y evidentes, con el

⁸¹⁸ Se trata de una prohibición con amplios antecedentes históricos, que figuraba recogida en términos similares en el artículo 1089 del código de comercio de 1829, en relación con los síndicos de la quiebra; así como en el artículo 1459 del código civil, en relación con los abogados, mandatarios y los albaceas. El precepto dicta una llamada a la prohibición de la *autocontratación*, por infringir el deber general por excelencia que debe cumplir todo administrador concursal: “desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado administrador y de un leal representante” (art. 80 TRLC), que constituyen auténticas directrices en el desenvolvimiento de la actividad de gestión, inspirado tanto en el principio general de buena fe (art. 7 del Código Civil), como en su proyección en el artículo 1258 del mismo cuerpo legal (consecuencias que según la naturaleza del contrato sean conformes a la buena fe), y también en el criterio general de la diligencia específica aplicable en los negocios de gestión (artículo 1719 del Código Civil), por lo que el administrador concursal debe comportarse como cabe esperar de acuerdo con la confianza depositada (*servare fidem*), diligentemente y en favor del interés gestionado, con subordinación de su propio interés. Junto a la prohibición de autocontratación de bienes, el segundo fundamento de la prohibición lo encontramos en evitar el riesgo real o posible de un *conflicto de intereses* entre el administrador y administrado que se manifestaría en una doble vertiente: la adquisición de bienes en condiciones más ventajosas, o efectuar una enajenación contraria al interés del concurso.

⁸¹⁹ El artículo 424 establece que el incumplimiento de la obligación de esta obligación de comunicación *podrá determinar* la separación de la administración concursal y la exigencia de la responsabilidad si ese incumplimiento hubiera causado daño a los acreedores. La expresión utilizada propicia que tengan que operar los presupuestos, bien de responsabilidad (arts. 94.1 y 96 TRLC), bien de separación para que sean exigibles (arts. 94 y 100 TRLC). Vid. VELA TORRES, P.J., “La rendición de cuentas de la administración concursal”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, nº 30, 2019, p. 29.

⁸²⁰ Esta disposición establece un lapso temporal de un año para hacer efectiva la liquidación, siempre que no exista causa que justifique la dilación. Mas allá de ese plazo, cualquier interesado podrá pedir la separación de los administradores y solicitar un nuevo nombramiento

concurtido y su letrado⁸²¹; el abandono de la profesión que le cualificaba para la designación, la realización de actividades prohibidas o que cuestionen sus probidad o abusos en el ejercicio del cargo⁸²²; la solicitud de retribución adicional para obtener un trato favorable en el procedimiento⁸²³; existencia de relaciones personales con la concursada⁸²⁴.

Considero igualmente que se pueden englobar en el concepto de justa causa, aquellas conductas que conllevan una responsabilidad penal, tales como la del administrador concursal que en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, (art. 419 Código Penal) o un acto propio de su cargo (art. 420 Código Penal); el que de manera dolosa altere el orden de pago de los créditos establecidos en la Ley (art. 435.4º Código Penal); así como el que cometiere los delitos de apropiación indebida, administración desleal, falseamiento de cuentas; etc.

A primera vista puede parecer lógico la inclusión como causa de separación, la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración concursal en su informe,

⁸²¹ Ambas contenidas en el auto de fecha 6 de marzo de 2020, del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia, dictado en el seno del Concurso 798/2010, en relación con los informes de evaluación que sobre un convenio.

⁸²² Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 8ª) de 3 de noviembre de 2014 (ponente Luis Antonio Soler Pascual).

⁸²³ Auto de 20 de julio de 2009, del Juzgado de lo Mercantil 3 de Madrid. Se denuncia la petición, al letrado de la concursada, de un suplemento de 18.000 euros para cada uno de los administradores concursales sobre los honorarios que les correspondían por resolución judicial ajustada al arancel, que debían ser abonados en metálico por el liquidador de la sociedad en concurso y entregarse en mano a los peticionarios, al presentarse el informe en el Juzgado.

⁸²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos 353/2011, de 14 de noviembre, rollo 252/2011. Se denunciaba la existencia de una relación personal entre la administradora concursal y la administradora de la concursada y accionistas, derivada de la pertenencia a un mismo grupo político, ejerciendo funciones en la misma corporación pública, aunque en comisiones y órganos distintos, dentro de un reducido grupo de personas, que inevitablemente comporta relaciones personales, o de profesora de universidad con la de un miembro del claustro, que, a la vez, es hija de la administradora de la concursada mencionada.

por cuanto si han existido impugnaciones al inventario o lista de acreedores que superan el 20% del total, parece obvio que el administrador concursal no conoce bien la Ley que debe aplicar, o que, aun conociéndola, no ha desarrollado bien su trabajo. Pero no obstante la concurrencia de la causa de separación, el artículo 100.2 “in fine” TRLC faculta a juez para mantener al administrador concursal en su cargo, si concurren circunstancias objetivas que así lo aconsejen.

Para que prospere la separación deben tratarse de resoluciones que se dicten “en contra” del criterio mantenido por el administrador concursal, ya que aunque existan impugnaciones superiores al veinte por cien, si todas ellas son desestimadas, resulta evidente que el trabajo del administrador concursal es correcto.

En cuanto al activo, queda claro que si el administrador ha omitido consignar bienes debe ser cesado, pero habrá que ponderar las diferencias de valor existentes entre las consignadas por el administrador y el tercero impugnante⁸²⁵.

De igual forma, si entre los acreedores existe uno que es el de mayor importe con diferencia sobre los demás, y se discute el reconocimiento de uno de los créditos que dice ostentar, en el caso de que dicho crédito se reconozca finalmente, considero que no debe ser causa para que se cese al administrador⁸²⁶.

En el supuesto de que suceda el evento previsto en la norma, quedará patente que la labor del administrador concursal no ha sido lo eficiente que cabe esperarse de su comportamiento, porque obtener pronunciamientos judiciales en contra del activo que el administrador consideraba correcto, o efectuar una desviación de más del 20% en la lista de acreedores, solo puede significar que el administrador no se encuentra lo suficientemente preparado para desempeñar su labor, y que su actuación daña el interés del concurso y atenta contra la eficiencia del proceso.

⁸²⁵ Piénsese, por ejemplo, que el activo está compuesto fundamentalmente por un hotel, y que la valoración dada por el administrador difiere en un veinte por ciento -en más o en menos- de la asignada por el impugnante. En este caso entiendo que, si la valoración efectuada por el administrador concursal se ha basado en un informe de tasación emitido por entidad homologada por el Banco de España, no procederá el cese.

⁸²⁶ Piénsese por ejemplo en créditos basados en un swap, o en un contrato con discutida calificación jurídica.

b) Entre los *deberes específicos*, cuyo incumplimiento provoca, la separación del administrador concursal, podemos señalar el quebrantamiento de los deberes de *diligencia y lealtad*.

El artículo 80 del Texto refundido, como ya hiciera el artículo 35.1 de la Ley concursal, impone a los administradores concursales un tipo de *diligencia* en el desempeño del cargo que se apoya en dos modelos de comportamiento: el de *un ordenado administrador* y el de *un representante leal*, lo que no deja de suponer una obviedad porque es consustancial a la administración de bienes ajenos, lo que viene a ser la concreción de la diligencia que debe observarse al “buen padre de familia” según la denominación de la normas derogadas⁸²⁷. Por ello, el administrador tiene la obligación de actuar de forma diligente y leal.

La Ley concursal configura a la administración concursal como uno de los órganos necesarios en el proceso concursal, atribuyéndole muchas e importantes funciones y competencias, lo que justifica que para referirse al deber de diligencia utiliza una terminología distinta a la empleada en el código civil y en la Ley de sociedades de capital⁸²⁸.

El precepto emplea conceptos distintos, proyectando la diligencia sobre el doble parámetro del “*ordenado administrador*” y del “*leal representante*”⁸²⁹, siendo ésta y no otra, la diligencia exigible, por lo que el deber es entendido como único, caracterizado por la gestión de intereses ajenos, debiendo anteponer el interés del concurso a cualquier

⁸²⁷ Se trata de un patrón de conducta en la actuación del administrador concursal, cuyo incumplimiento puede dar lugar a responsabilidad por los daños ocasionados a la masa o a los distintos participantes en el concurso.

⁸²⁸ Así, los artículos 1.104 y 1719 del Código Civil, exigen a los administradores el desempeño en el cargo, como mínimo, con la diligencia que corresponde a *un buen padre de familia*, (debiendo estar en consonancia con la naturaleza de la propia obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar); y el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, exige a los administradores el desempeño del cargo con *la diligencia de un ordenado empresario*, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos, abandonando así el modelo de diligencia previsto en el Código Civil.

⁸²⁹ GALLEGO SANCHEZ, E., “Del nombramiento de los administradores concursales”, *Ley Concursal: Comentarios, jurisprudencia y formularios*, ed. La Ley, Madrid 2002, p. 341.

otro, si bien debe tener siempre presente el interés de los acreedores, y, porque no, el del concursado⁸³⁰.

La exigencia de una cierta profesionalización⁸³¹ y la atribución de funciones de gran responsabilidad en el desarrollo del proceso concursal confirman la necesidad de exigir un grado de diligencia directamente proporcional a las atribuciones que ostentan en el desempeño de sus funciones⁸³².

La Ley configura el deber de diligencia como pauta de conducta y fuente de obligaciones, cuyo incumplimiento puede generar la correspondiente responsabilidad por realizar actos sin la debida diligencia, tal y como sanciona el artículo 94 TRLC⁸³³.

La actuación diligente de los administradores concursales exige una conducta activa en el ejercicio del cargo, debiendo implicarse en el cumplimiento de las funciones que asume, y llevarlas a cabo sin demora⁸³⁴.

⁸³⁰ En relación con la figura con la que más semejanza puede tener el administrador concursal, que no es otra que el administrador societario y analizando los deberes de éste, recogidos en los arts. 225 y siguientes de la Ley de sociedades de capital, se puede llegar a la conclusión de que el nivel de diligencia exigible del administrador concursal es superior ya que se trata de actividad cualificada, que requiere de cierta profesionalización, que no se exige en la administración societaria y que lleva aparejada una amplia gama de atribuciones asignadas en interés del concurso.

⁸³¹ Sobre el carácter profesional, QUIJANO GONZALEZ, J., “La administración concursal” en *El concurso de acreedores*, (Dir. PULGAR EZQUERRA, J), ed La Ley, Madrid 2012, p. 226.

⁸³² Sentencia 10/20, de 9 de enero de 2020, del JMerc. de San Sebastián, en procedimiento ordinario 458/2019. (JUR\2020\167913).

⁸³³ De un lado deben cumplir con los diferentes deberes que la Ley les impone, pero también deben respetar los estatutos sociales y cualquier otra norma societaria interna, al menos, hasta que se alcance un convenio o se abra la liquidación. En todos los casos, el administrador concursal o su auxiliar delegado, deben supervisar y controlar la marcha de la sociedad.

⁸³⁴ Sin ánimo de ser exhaustivo, la administración concursal tiene el deber de conocer la legislación concursal y la jurisprudencia más relevante; solicitar las actuaciones judiciales que considere convenientes; asistir a las reuniones del órgano de administración societario; dedicar los medios materiales y humanos necesarios según la complejidad del concurso. Tiene la obligación de respetar todos los plazos procesales, realizar sin demora las comunicaciones que sean procedentes con los acreedores, cumplir con las obligaciones fiscales, laborales y societarias, confeccionar en tiempo y formas los preceptivos informes, no solo el previsto en el art. 290 TRLC, sino los demás (trimestrales de liquidación, calificación...), etc. También tienen el deber de vigilar la sociedad de forma activa y continuada, lo que supone que los administradores concursales tienen el deber de supervisar y controlar que la dirección de la sociedad cumple con los objetivos marcados y respeta el objeto e interés de la sociedad. Ese deber se concreta en varios aspectos, a saber: en el examen de los libros, documentos y registros del deudor, resultando indiferente que su llevanza sea obligatoria o no (art. 134 TRLC); en la obligación de supervisar toda actuación que realice el administrador societario, fundamentalmente las de administración y disposición de la masa activa (art. 106 TRLC); las que le hayan sido autorizadas con carácter general (art. 122 TRLC); la formulación de las cuentas anuales (art. 115 TRLC); y las declaraciones y obligaciones tributarias (art. 118 TRLC); la

Respecto al grado de la diligencia exigible en su comportamiento, el canon interpretativo de exigencia será el de la diligencia profesional, dados los requisitos de formación y experiencia para la designación propios de un administrador de cosa ajena. Para su valoración se debe atender a la información recabada por el administrador concursal para adoptar sus decisiones, el control sobre las circunstancias y evolución del concurso, la celeridad y atención al llevar a cabo sus actuaciones, y la dedicación profesional al cometido de las tareas⁸³⁵.

A estos efectos, el artículo 19 de la Directiva se ocupa de las obligaciones de los administradores sociales⁸³⁶, en situación pre concursal, pero su disposición podría ser perfectamente extrapolable a las obligaciones del administrador concursal.

La colocación de la sociedad en una situación de insolvencia inminente provoca una modulación del interés social, el cual pasa a incorporar también el interés de los acreedores, dando así lugar a la existencia de un interés compartido de socios y acreedores: el mantenimiento de la viabilidad empresarial, a la par que también los legítimos intereses divergentes de socios y acreedores.

Por lo tanto, los administradores, en su condición de gestores de intereses ajenos sometidos a los deberes fiduciarios de conducta, deberán orientar el ejercicio de estos hacia la consecución de dichos intereses, lo que a su vez determinará una modulación del contenido del deber de diligencia y de lealtad en este ámbito.

De conformidad con lo expuesto, el deber de diligencia de los administradores en las situaciones de insolvencia inminente debe orientarse hacia la consecución del

conveniencia de asistir a las juntas de socios (art. 127 TRLC); y el ejercicio de las acciones de responsabilidad que le compete a la concursada, contra sus administradores, liquidadores, auditores y expertos independientes (art. 132 TRLC).

⁸³⁵ (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 19 de mayo de 2017, Roj: AAP M 2633/2017 - ECLI:ES:APM:2017:2633ª, (ponente Francisco de Borja Villena Cortes).

⁸³⁶ Disponiendo que: “*Los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia; y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa*”.

mantenimiento de la viabilidad empresarial. En este sentido, el deber de diligencia supone la imposición a los administradores de unas obligaciones de conducta positivas dirigidas a preservar la viabilidad empresarial y evitar la insolvencia⁸³⁷. Igualmente, y a *sensu contrario*, el deber de diligencia impone a los administradores obligaciones de conducta de carácter negativo, en este caso, abstenerse de la realización de aquellas operaciones que puedan poner en riesgo la viabilidad empresarial o provoquen su insolvencia⁸³⁸.

Entre los deberes que proyectan el modelo de conducta cuya infracción cae bajo la noción "justa causa", está sin duda, el de *lealtad* como parámetro de conducta frente a aquellos conflictos posibles que contengan el deber de anteponer el interés del concurso al propio del administrador o de terceros. El administrador concursal queda sometido al interés del concurso, a velar por él, y a dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad del concurso, y debe abstenerse de actuar en perjuicio de los intereses del concurso.

El deber de lealtad para con el interés del concurso se integra en la naturaleza propia del Administrador concursal, actuando como cláusula general de resolución de todos los potenciales conflictos de intereses entre los privados del administrador, el deudor y los acreedores, en suma, frente al interés del concurso⁸³⁹. La lealtad al interés del concurso se configura, así, como una razón que se impone como concepto-valor normativo

⁸³⁷ En este sentido el Considerando 70 de la Directiva establece un elenco de estas obligaciones de conducta positivas, disponiendo que: "*En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva*".

⁸³⁸ A este respecto el Considerando 70 de la Propuesta de Directiva establece como obligación negativa de conducta de los administradores: "*Evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada*".

⁸³⁹ Entendiendo por interés del concurso la posibilidad de satisfacción de los derechos de los acreedores (SAP Secc. 15ª, de 18 de abril de 2012) o como la maximización del patrimonio concursal como medio para alcanzar el fin primordial de la satisfacción (cobro) de los acreedores. En esencia, lealtad al interés del concurso como el interés del crédito desencadenante de la situación concursal (SAP Alicante, sección 8ª, de fecha 3 de noviembre de 2014) comentada en internet en el enlace: <http://notasdejurisprudencia.blogspot.com/2015/01/concursal-art-37-lc-regimen-de.html>.

estructurante de cada uno de los deberes en particular y del sistema jurídico que los vertebra⁸⁴⁰.

En definitiva, y como gráficamente se ha señalado en alguna ocasión⁸⁴¹ cabe entender que el artículo 37 de la Ley concursal (antecedente del artículo 80 del texto refundido) se constituye en la cláusula general "anticorrupción" de nuestra legislación concursal. El deber de lealtad se quebranta o incumpliendo el deber de transparencia, o con el desprecio de los procedimientos que permitan eliminar los abusos en los conflictos de intereses o, finalmente, con la inobservancia de equidad en la actuación del administrador. En tales casos, hay "justa causa" de separación.

Dos son los elementos o fundamentos básicos del deber de lealtad: la buena fe⁸⁴² (del que el deber de lealtad sería mera concreción), y la búsqueda del interés del concurso⁸⁴³. De acuerdo con el primero, el deber de lealtad obliga al administrador concursal, imponiendo una obligación de conducta consistente en dar respuesta a la confianza que en él ha depositado el juez mediante su nombramiento; y conforme al segundo, queda

⁸⁴⁰ El cumplimiento de los deberes de diligencia, imparcialidad y objetividad, sólo se acredita si el administrador desempeña su cargo con lealtad al interés del concurso. (AAP Salamanca (Sección 1ª) núm. 322/2017, de 23 de febrero. JUR\2017\123126).

⁸⁴¹ En el auto citado en la anterior nota al pie.

⁸⁴² Se configura así la *buena fe* en la gestión, como un patrón de conducta de carácter objetivo, no determinable *ex ante*. Constituye un presupuesto del deber de lealtad puesto que difícilmente podría sostenerse que un administrador desleal o infiel pueda actuar de buena fe en el ejercicio de sus competencias. En cuanto concierne a la *buena fe objetiva*, se le ha entendido como “principio jurídico que introduce en el contenido de las obligaciones deberes coherentes con un modelo de comportamiento objetivo”, el del *bonus vir* (modelo de hombre honesto y correcto), que se expresa a través de las reglas de honestidad y corrección propias de dicho modelo. De manera que este tipo de buena fe se erige en regla de conducta fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y principalmente en la consideración del interés del otro visto como un miembro del conjunto social que es jurídicamente tutelado. La buena fe objetiva presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces, entre otros deberes que emanan de permanentemente de su profuso carácter normativo.

⁸⁴³ Entendido éste como la suma de los intereses jurídicamente protegidos del deudor y de la colectividad de los acreedores, que sirve de guía para la adopción de decisiones por la administración concursal. En el marco del deber de lealtad que nos ocupa, la actuación encaminada al mejor *interés del concurso* no resulta sencilla, pero en todo caso el administrador concursal deberá acomodar su actuación a criterios objetivos, nunca subjetivos o parciales, debiendo entenderse la expresión *leal representante* que emplea el art. 80 TRLC, como fidelidad al interés del concurso, ya que la administración concursal no representa a los acreedores, ni al deudor, ni siempre, salvo en caso de liquidación, administra el patrimonio del concursado. Sobre este tema, vid. TIRADO MARTI, I., “Reflexiones sobre el concepto de interés concursal”, *Anuario de Derecho civil*, t. LXII, 2009, fasc. III, pp. 1055 y ss.

obligado desde entonces a desempeñar el cargo conforme al interés del concurso, evitando en lo posible, la generación de conflictos de intereses.

En el plano de la lealtad a los intereses del concurso, debe valorarse la objetividad, e independencia con la que la administración concursal toma sus decisiones⁸⁴⁴. No debe olvidarse que la lealtad debe ser valorada en relación con los intereses del concurso mismo, no de la concursada. Por ello, no cabe confundir imparcialidad con lealtad, ya que la administración concursal actúa como parte en defensa de los intereses del concurso, frente a intereses distintos, ya sean los particulares de la concursada, de algunos acreedores o de terceros⁸⁴⁵.

En la Directiva, la situación de insolvencia inminente también extiende sus efectos respecto la configuración del contenido del deber de lealtad de los administradores, especialmente habida cuenta que en la propia formulación de la cláusula general de dicho deber se atiende “al mejor interés de la sociedad”, como criterio orientador del mismo, interés de la sociedad, que en este contexto incluye el interés compartido de socios y acreedores en el mantenimiento de la viabilidad empresarial, así como el respeto a sus legítimos intereses divergentes a la apropiación del valor producido por la misma.

De esta forma, en un contexto de insolvencia inminente, los administradores deberán abstenerse de la realización de todas aquellas conductas que, o bien atenten contra la consecución del interés compartido en el mantenimiento de la viabilidad empresarial de socios y acreedores, o bien puedan vulnerar alguno de los legítimos intereses divergentes de ambos.

⁸⁴⁴ Tales como interponer, o dejar de hacerlo, una acción de reintegración, instar el embargo de bienes de administradores sociales, pedir determinadas autorizaciones. Es decir, no en sí mismo el fundamento de dichas decisiones, compartido o no por el Juez o los interesados, sino la lealtad con la que se adopta tal decisión por el administrador concursal. De tal suerte, pueden adoptarse decisiones no acertadas en su fundamento final, pero realizadas con lealtad a los intereses del concurso, por lo que en tales casos no quedará integrada la causa de separación. Esa lealtad debe ser valorada en relación con los intereses del concurso mismo, no de la concursada. (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, de 19 de mayo de 2017, Roj: AAP M 2633/2017 - ECLI:ES:APM:2017:2633ª, (ponente Francisco de Borja Villena Cortes).

⁸⁴⁵ Auto 51/2019 de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 11 de abril de 2019 (Roj: AAP GU 130/2019, ECLI:ES:APGU:2019:130A).

En mi opinión, en el conflicto de interés entre socios y acreedores, es donde el deber de lealtad de los administradores concursales está llamado a jugar un papel singularmente relevante en la gobernanza de la sociedad en el contexto de la insolvencia inminente.

9.3.2 Régimen procesal

Según el art. 100 TRLC, se encuentran *legitimados* para solicitar la separación del cargo, además del juez que puede hacerlo de oficio, todos aquellos que se encuentran legitimados para solicitar el concurso, así como el segundo administrador, en caso de administración dual, es decir, los siguientes:

- El deudor, cualquiera de sus acreedores⁸⁴⁶, y el mediador concursal⁸⁴⁷.
- El otro miembro de la administración concursal, en el caso de administración dual (art. 100 TRLC).
- Los socios, miembros o integrantes de una persona jurídica que sean personalmente responsables, conforme a la legislación vigente, de las deudas de aquélla. (apartado 3 del art. 3 TRLC).
- Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia yacente. (art. 568 TRLC)
- Las asociaciones de consumidores y usuarios también disponen, *prima facie*, de legitimación activa⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ Así lo dispone el artículo 3.1 del TRLC. En derecho alemán, están legitimados para solicitar el cese del administrador concursal los acreedores, pero no individualmente, sino a través de una decisión del comité o de la junta, aunque también puede actuar el juez de oficio. (*InsO* § 59).

⁸⁴⁷ El artículo 705.1 TRLC establece que: “*El mediador concursal deberá solicitar de inmediato la declaración de concurso consecutivo de acreedores del deudor que fuera insolvente en los siguientes casos: 1.º Si, dentro de los diez días naturales a contar desde el envío de la propuesta de acuerdo, acreedores que representen, al menos, la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por ese acuerdo decidiesen no iniciar o no continuar las negociaciones. 2.º Si la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos no fuera aceptada por los acreedores. 3.º Si el acuerdo extrajudicial de pagos fuera anulado por el juez o fuera incumplido por el deudor*”.

⁸⁴⁸ Ya que el artículo 11 de la LEC así lo establece para defender en juicio los derechos de sus asociados. En estos casos, el juzgado deberá, con carácter previo a la admisión a trámite del incidente concursal recusatorio planteado, solicitarle, si no constase ya en el proceso, la identificación precisa, en el plazo que habrá de concederle el efecto y que condicionará la admisión a trámite de aquélla, de aquéllos de sus afiliados por los que dicha asociación está actuando. (AAP de Madrid, Sección 28ª, Auto núm. 39/2009 de 20 febrero. AC\2009\860).

El elenco de legitimados es tan amplio que cumple, cuando no supera, las previsiones de la Directiva en esta materia.

El juez actuará de oficio si tiene conocimiento de la existencia de justa causa para la separación o revocación del cargo, pero los legitimados deben exponer al juez en escrito suficientemente razonado y justificado, las circunstancias determinantes por las que debe producirse la separación del cargo de administrador o la revocación del nombramiento del auxiliar delegado. A dicho escrito se deberán acompañar los documentos o medios de prueba que acrediten los hechos expuestos a fin de que el juez los examine, tras lo cual, resolverá lo procedente pudiendo mediar audiencia previa al administrador, o auxiliar afectado.

La resolución judicial del cese debe revestir la forma de *auto* motivado, en el que se incluirá la determinación de la causa en que se ha basado la remoción⁸⁴⁹, los elementos de juicio que se han tomado en consideración y la razón por la que la concurrencia de dicha causa debe considerarse como suficiente (justa causa) para separar del puesto a la persona afectada. Al no revestir forma de sentencia, implica que es susceptible de los recursos de reposición y apelación, por así disponerlo el artículo 103 TRLC.

Significar que, si bien es cierto que la resolución deba revestir forma de auto, carece de relevancia práctica si consta en sentencia, ya que en ningún caso dicha circunstancia sería motivo para decretar una hipotética nulidad de actuaciones, pues la infracción de las normas procesales no provoca automáticamente la nulidad de la tramitación del procedimiento, siendo requisito imprescindible que tal infracción cause indefensión⁸⁵⁰

9.3.3 Consecuencias jurídicas

⁸⁴⁹ Al igual que el artículo 248.2 LOPJ, el precepto obliga al juez a consignar los motivos en los que funde su decisión, por lo que el auto deberá contener con párrafos separados y numerados, los hechos y fundamentos jurídicos en los que basa la resolución, y la parte dispositiva en la que se acordará o rechazará, la separación.

⁸⁵⁰ Así lo dispone el auto núm. 5/2020, de 29 de enero de la AP de Cuenca, Sección 1ª, JUR\2020\117857.

Los efectos de la resolución resultan obvios, estableciendo el Texto refundido los siguientes efectos:

- i) El primero de ellos, es *el cese* del administrado y *el nombramiento* de otro administrador de manera inmediata (art. 101 TRLC). Se desprende la voluntad del legislador de que la actividad iniciada por un administrador no quede paralizada⁸⁵¹.
- ii) El segundo de los efectos, lo constituye la obligación del administrador cesado de *rendir cuentas* de su propia actuación⁸⁵².
- iii) El *tercer* efecto, consiste en que el cesado administrador concursal, no podrá ser designado administrador durante el plazo de tres años (art. 65.4 en relación con el 77.2 TRLC).
- iv) El *cuarto efecto*, aplicable solo a los casos en los que el cese se produzca como consecuencia de la no presentación del informe en plazo, la inasistencia a la junta de acreedores, o la prolongación indebida de la liquidación, es la pérdida del derecho a la retribución (arts. 296.1, 362.2 y 428 TRLC).
- v) El *quinto* y último efecto consistente en que el administrador cesado también tiene la obligación de devolver su credencial (art. 68.4 TRLC).

Entiendo que el legislador español, al trasponer la Directiva deberá mantener la regulación actual de la separación de los administradores concursales, y de los administradores en materia de exoneración, si bien, en cuanto a éstos últimos, de conformidad con la Directiva podrá separársele en el caso de incumplimiento de los

⁸⁵¹ El artículo 516 TRLC exige al juez que dicte las resoluciones “*sin dilación*”, exigiendo el art. 66 que la comunicación del nombramiento de administrador al designado se realice “*por el medio más rápido*”, y si no compareciere, no tuviera suscrito un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente o no aceptase, proceda “*de inmediato*” a un nuevo nombramiento (art. 69 TRLC).

⁸⁵² Mediante escrito en el que en el que justificará cumplidamente la utilización que haya hecho de las facultades conferidas; expondrá los pagos y, en su caso, las consignaciones realizadas de los créditos concursales y contra la masa; detallará la retribución que le hubiese sido fijada por el juez para cada fase del concurso, especificando las cantidades percibidas, incluidas las complementarias, así como las fechas de cada una de esas percepciones, y expresará los pagos del auxiliar o auxiliares delegados, si hubieren sido nombrado, así como los de cualesquiera expertos, tasadores y entidades especializadas que hubiera contratado, con cargo a la retribución del propio administrador concursal. Asimismo, precisará el número de trabajadores asignados por la administración concursal al concurso y el número total de horas dedicadas por el conjunto de esos trabajadores al concurso. La rendición de cuentas no prejuzgará en caso alguno, la existencia o inexistencia de responsabilidad.

deberes fiduciarios en los casos de insolvencia inminente, entendiendo por tales, aquellos que impidan o dificulten el mantenimiento de la viabilidad empresarial, o que conculquen los derechos de los socios y acreedores en aquellas situaciones de insolvencia inminente.

Igualmente considero que podrá separársele del cargo en el caso de que quebranten los mecanismos de control *ex ante* para la financiación provisional⁸⁵³, y en los casos en que el administrador en materia de reestructuración no ponga a disposición de los deudores, acreedores, trabajadores, y otros interesados en el proceso de reestructuración del insolvente, los narcos de reestructuración preventiva (art. 4 Directiva); o que impidan dar información o dificultar tener acceso a las herramientas de alerta temprana que conozcan (arts. 3 y 4 de la Directiva).

⁸⁵³ Dispone el Considerando 68 de la Directiva que: “El mecanismo de control *ex ante* de la financiación provisional u otras transacciones puede ser ejercido por un administrador en materia de reestructuración, por un comité de acreedores o por una autoridad judicial o administrativa. La protección frente a las acciones revocatorias y la protección frente a la responsabilidad personal constituyen garantías mínimas que deben ser concedidas a la nueva financiación y a la financiación provisional”.

VIII. ORGANOS DE ADMINISTRACION PARA LOS PROCEDIMIENTOS DE REESTRUCTURACION Y EXONERACION DE DEUDAS

1. Figuras que contempla la Directiva

El ámbito de actuación de la administración concursal se ciñe a los procesos concursales, es decir, a los concursos de acreedores declarados judicialmente, por lo que no es un órgano que actúa en los institutos preconcursales que se han ido consolidando en nuestra legislación, excepto cuando fracasan y se declara un concurso consecutivo en el que se nombra un administrador concursal⁸⁵⁴.

Los institutos preconcursales previstos en momento en la legislación española son los acuerdos de refinanciación (para las personas jurídicas) y a los acuerdos extrajudiciales de pago (para los deudores personas físicas), que tienen los mismos presupuestos subjetivo y objetivo que los concursos de acreedores, reconociendo con ello mecanismos alternativos al concurso de acreedores en cuya tramitación no intervienen los administradores concursales.

La Directiva 2019/1023, establece normas sobre marcos de reestructuración preventiva para el deudor que se encuentre en insolvencia inminente; y procedimientos para la exoneración de deudas del empresario insolvente⁸⁵⁵, denominando “*administradores concursales*” tanto a los profesionales encargados de la insolvencia,

⁸⁵⁴ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “El acceso a la profesión de administrador concursal: formación y experiencia” en VV.AA *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, (Coord. ASPAC) Wolters Kluwer, Madrid 2020, p. 124. Y en CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “El derecho preconcursal en el proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal”, *El concurso y la conservación de la empresa. Puesta a punto del derecho de la insolvencia. Una nueva oportunidad*, VIII Jornadas concursales, 30 y 31 de mayo de 2019, Vitoria Gasteiz, Thomson Reuters Aranzadi, p. 542.

⁸⁵⁵ El artículo 1 de la Directiva, al delimitar su objeto y ámbito de aplicación, dispone que: “1. La presente Directiva establece normas sobre: a) los marcos de reestructuración preventiva disponibles para los deudores en dificultades financieras cuando la insolvencia sea inminente, con objeto de impedir la insolvencia y garantizar la viabilidad del deudor; b) los procedimientos para la exoneración de las deudas contraídas por empresarios insolventes, y c) las medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas”.

como aquellos encargados de la reestructuración o la exoneración⁸⁵⁶, sin definir a ninguno de ellos.

A falta de una concreta definición, entiendo que dentro del concepto tienen cabida instituciones que ya regula el derecho español tales como el *mediador concursal*, que es el encargado de proponer un acuerdo extrajudicial de pagos⁸⁵⁷; y el *experto independiente*, designado por el Registrador Mercantil que es el encargado de emitir un informe sobre el plan de viabilidad en una refinanciación colectiva⁸⁵⁸, debiendo pronunciarse sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, y sobre la proporcionalidad, conforme a las condiciones normales de mercado a la fecha del acuerdo, de las garantías constituidas o que se constituyan a favor de los acreedores, así como de las demás menciones del plan de viabilidad que, en su caso, prevea la normativa que resulte aplicable⁸⁵⁹.

La Directiva no define lo que deba entenderse por administradores concursales, ni prevé distintas clases de administradores, y ello por las siguientes razones:

- a) En primer lugar, así lo dispone el artículo 26 de la Directiva, en el apartado a) del punto 1, y el Considerando 87⁸⁶⁰, estableciendo distinta denominación porque contempla la posibilidad de que puedan actuar en ámbitos distintos. No es lo mismo

⁸⁵⁶ El apartado a) del punto 1 del artículo 26 dice que: “los administradores nombrados por una autoridad judicial o administrativa en procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (en lo sucesivo, “administradores concursales”).

⁸⁵⁷ Según el artículo 666 TRLC, “el mediador concursal remitirá a los acreedores, con el consentimiento del deudor, una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos sobre los créditos pendientes de pago a la fecha de la solicitud.”

⁸⁵⁸ El artículo 600 TRLC establece que: “1. Tanto el deudor como los acreedores podrán solicitar del registrador mercantil del domicilio del deudor el nombramiento de un experto independiente para que informe sobre el plan de viabilidad. 2. Si el acuerdo colectivo de refinanciación afectara a distintas sociedades de un mismo grupo, el informe podrá ser elaborado por un solo experto, designado por el registrador del domicilio de la sociedad dominante, si estuviera afectada por el acuerdo, en su defecto, por el del domicilio de cualquiera de las sociedades de ese grupo. 3. Para la emisión del informe el registrador mercantil designará como experto a profesional que considere idóneo. Será de aplicación al experto el régimen de incompatibilidades y prohibiciones establecidas en esta Ley para ser nombrado administrador concursal así como el régimen de incompatibilidades establecidas para ser nombrado auditor de cuentas”.

⁸⁵⁹ Al que se refiere el artículo 601 TRLC.

⁸⁶⁰ Cuando dispone que “los Estados miembros deben velar porque los administradores en materia de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, que sean nombrados por las autoridades judiciales o administrativas (en lo sucesivo “administradores concursales”)...”

reestructurar una empresa, que negociar una quita o una exoneración de dudas. Por lo tanto, las reiteradas expresiones que la Directiva realiza a los administradores en materia de reestructuración deben entenderse efectuadas a los administradores concursales encargados de la reestructuración; y cuando se refiere a los administradores en materia de exoneración, quiere referirse a los administradores concursales que se van a ocupar de las tareas relativas a la exoneración de deudas. Deja la Directiva reservada la denominación de administradores concursales para todos aquellos procesos cuya finalidad principal no sea la reestructuración ni la exoneración.

- b) En segundo lugar, porque la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para aumentar la eficacia de los procedimientos de condonación, insolvencia y reestructuración de fecha 22 de noviembre de 2016⁸⁶¹ identificaba al administrador encargado de la reestructuración con el administrador concursal⁸⁶².
- c) Y, en tercer lugar, porque la Directiva en su Título IV los engloba a todos ellos, para quienes sin distinción alguna exige las mismas condiciones subjetivas para el nombramiento, la formación, la supervisión y su estatuto jurídico. No obstante, deja abierta la posibilidad de que la formación de quienes se dediquen a la reestructuración, a la exoneración o a la administración concursal propiamente dicha, sea diferente, porque diferentes son los procedimientos.

Según se deduce de su denominación, la Directiva se ocupa de tres grandes partes bien diferenciadas, reguladas en Títulos independientes: la primera y más importante, es la relativa a los planes/acuerdos de reestructuración y su contenido/efectos; la segunda se refiere a la segunda oportunidad y exoneración de las deudas; y la tercera a la mejora de

⁸⁶¹ COM (2016) 723 Final. Que en adelante la denominaremos la Propuesta de Directiva de 2016.

⁸⁶² Disponiendo el Considerando 18 de COM (2016) 723 Final, que *“el nombramiento de un administrador encargado de la reestructuración sea un mediador que apoye las negociaciones de un plan de reestructuración o un administrador concursal que supervise las acciones del deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor”*.

la eficacia de los procedimientos concursales, sin que exista un título especial dedicado a la figura del administrador concursal.

Al englobar el Título IV de la Directiva, tanto a los administradores en materia de reestructuración, como los de insolvencia y exoneración de deudas, cabe preguntarse si existe una identificación entre ellos, o si se trata de figuras distintas.

MARTINEZ SANZ⁸⁶³ considera que el ánimo del legislador europeo latente en la Directiva ha sido que los mismos profesionales que son nombrados administradores concursales en los procedimientos de insolvencia sean elegidos para la supervisión o tutela de los planes de reestructuración de deuda. Apunta como argumento que el texto de la norma engloba al administrador en materia de reestructuración en una super-categoría de “administradores concursales”⁸⁶⁴ en más de un apartado, pero fundamentalmente se apoya en el Considerando 87, donde hay una remisión expresa al concepto de “administrador concursal” que se recoge en el reglamento (UE) 2015/848, cuando se dice que: *los «administradores concursales» en la definición del Reglamento (UE) 2015/848⁸⁶⁵ deben quedar incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.*

Sobre la misma base y en el mismo sentido se pronuncia COMENDADOR ALONSO⁸⁶⁶, considerando que está *fuera de toda duda* que el administrador en materia

⁸⁶³ MARTINEZ SANZ, J., Intervención en la mesa redonda “Comunicación de negociaciones, viabilidad y experto en reestructuraciones”, celebrada el día 5 de junio de 2020 en el marco del *VIII Congreso Concursal: Reestructuración empresarial, Texto refundido concursal y reformas de emergencia en un escenario post COVID 2019*, organizado por Wolters Kluwer junto a la revista de *Derecho Concursal y Paraconcursal*.

⁸⁶⁴ Lo que sucede en la versión española, pero no en otras versiones idiomáticas de la disposición.

⁸⁶⁵ El artículo 2.5 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, considera que se entiende por “*administrador concursal*”: cualquier persona u órgano cuya función, incluso de manera provisional, sea: i) comprobar y admitir pretensiones formuladas en procedimientos de insolvencia, ii) representar el interés general de los acreedores, iii) administrar, total o parcialmente, los bienes de los que se ha desapoderado al deudor; iv) liquidar los bienes a los que hace referencia el inciso iii), o v) supervisar la administración de los negocios del deudor. Las personas y órganos a que se hace referencia en el párrafo primero se enumeran en la lista del anexo B, que, en el caso de España, incorpora tanto a los administradores como a los mediadores concursales.

⁸⁶⁶ COMENDADOR ALONSO, D., “El régimen transitorio del estatuto de la Administración Concursal”, *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las*

de reestructuraciones debe ser un administrador concursal designado por una autoridad judicial.

De opinión contraria es NIETO DELGADO⁸⁶⁷ al considerar que el Reglamento (UE) 2015/848 es una norma de derecho internacional privado, que no pretende en modo alguno unificar (ni siquiera armonizar) el derecho sustantivo, material o procesal de los Estados miembros. Por esta razón, la definición que hace del administrador concursal no es con la finalidad de petrificar ningún tipo de regulación nacional o incorporarla al Derecho europeo, sino al objeto de facilitar una interpretación y aplicación uniforme de preceptos cuya finalidad es completamente distinta de la de establecer qué profesionales en cada país deben auxiliar a los Tribunales en los procedimientos de insolvencia.

En línea con lo expuesto, puede entenderse que la afirmación que se hace en el Considerando 87 de la Directiva, lo único que pretende significar es que los administradores concursales aludidos por el Reglamento van a ser objeto de regulación en una Directiva cuyo título, objeto y finalidad parece aludir exclusivamente a los procedimientos extrajudiciales de reestructuración de deuda.

CAMPUZANO LAGUILLO⁸⁶⁸ considera que la administración concursal no es el órgano que actúa en los procedimientos preconcursales que se han ido consolidando en nuestra legislación de la insolvencia, salvo cuando dichos procedimientos fracasan y se declara el concurso consecutivo, en el que se procede al nombramiento de administrador concursal (con las especialidades que corresponden en atención al concreto procedimiento concursal previo). Los acuerdos extrajudiciales de pago y los acuerdos de refinanciación conforman esas alternativas preconcursales⁸⁶⁹, ya que ambos

empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal, IX Jornadas Concursales, Vitoria 2020, Thomson Reuters, Aranzadi, p. 890.

⁸⁶⁷ NIETO DELGADO, C., “Funciones De la administración concursal en el nuevo marco regulatorio de las insolvencias (reestructuración y concurso)”, en VV.AA. *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, (coord. ASPAC), Madrid, diciembre 2020, p. 179.

⁸⁶⁸ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “El modelo de acceso a la administración concursal”, En *hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.), Madrid, Diciembre 2020, p.124.

⁸⁶⁹ El Derecho preconcursal se sistematiza en el texto refundido diferenciando la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores; los acuerdos de refinanciación; el acuerdo extrajudicial de pagos; y el concurso consecutivo. En este sentido, aunque en el texto de la Ley 22/2003, de 9 de julio,

procedimientos tienen los mismos presupuestos subjetivo y objetivo que el concurso de acreedores -deudor, persona natural o jurídica, en estado de insolvencia actual o inminente- aunque se exige que dicho deudor no haya sido declarado en concurso.

2. Administrador en materia de reestructuración

Con fundamento en la viabilidad empresarial, la Directiva establece un sistema de prevención de la insolvencia, fomentando marcos de reestructuración preventiva para empresas viables que se hallen en dificultades financieras. Para cumplir sus fines, reconoce la participación de una figura experta en la materia, que denomina *administrador en materia de reestructuración*⁸⁷⁰, culminando así la evolución definitiva del régimen de insolvencia⁸⁷¹.

La reestructuración se define en el apartado II, 5. b) de la Recomendación Europea de 12 de marzo de 2014⁸⁷² como “la modificación de la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo de los deudores o una combinación de estos elementos con el objeto de permitir la continuación en su totalidad o en parte de la actividad de los deudores”, y conlleva importantes ventajas frente a una concepción tradicional liquidativa de los institutos de tratamiento de crisis económica⁸⁷³.

Concursal, el Título X venía referido a los acuerdos extrajudiciales de pago, en la elaboración del texto refundido se ha considerado que fue anterior en el tiempo la regulación de los acuerdos de refinanciación y dada la “*vis atractiva*” que dichos acuerdos de refinanciación han ejercido respecto a los acuerdos extrajudiciales de pagos, se opta por regularlos de forma diferenciada, situándose en primer lugar el régimen de los acuerdos de refinanciación y, a continuación, los acuerdos extrajudiciales de pagos. En todo caso, opta por mantener la terminología de estos instrumentos legales por ser la incorporada al Anejo A del reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (Ana Belén Campuzano. Op. Citada, p. 127)

⁸⁷⁰ Denominación que se le da en la traducción española, ya que en la inglesa se denomina “*partitioners in the field of restructuring, insolvency, and discharge of debt*”, y en la francesa “*les particiens dans les domaines de la restructuration, de l’insolvabilité et de la remise de dettes*”.

⁸⁷¹ HURTADO IGLESIAS, S., “Administrador concursal y administrador en materia de reestructuración”, *Revista concursal y paraconcursal*, nº 33, Madrid 2020, p. 273.

⁸⁷² Recomendación de la Comisión de 12 de marzo de 2014 sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial. (2014/135/UE). Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea, nº 74 de 2014, p. 65 y ss.

⁸⁷³ PULAR EZQUERRA, J., “Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 60, octubre-diciembre 2016, p. 17

La reestructuración de la deuda es un proceso que permite a una sociedad que presenta problemas de tesorería y dificultades financieras reducir y renegociar su deuda existen para mejorar o recuperar la liquidez y rehabilitarse, de modo que pueda continuar con su actividad, posiblemente con la vista puesta en la venta de la propia sociedad o de alguna de sus unidades productivas, lo que en Derecho inglés se denomina *schemes of arrangement*⁸⁷⁴.

La sociedad que se enfrenta a dificultades financieras, descartado nuevos aportes de tesorería, solo tiene tres opciones: la negociación con sus acreedores para salir de la crisis; la venta de alguno de sus activos o unidades productivas, o la liquidación con la consiguiente extinción de su personalidad jurídica.

En este escenario, y para armonizar las legislaciones de los países miembros de la Unión, nace la Directiva 2019/1023, cuyo presupuesto objetivo lo constituyen los “marcos de reestructuración preventiva”, y más concretamente la “reestructuración” del deudor⁸⁷⁵.

La *reestructuración* comprende un conjunto de medidas orientadas a salvaguardar la viabilidad empresarial que podrán afectar tanto a la estructura de capital del deudor como a la estructura operativa⁸⁷⁶. La *estructura del capital* tiene lugar cuando los inversores financian el pasivo a largo plazo, el capital fijo o el patrimonio del deudor; mientras que la estructura operativa comprende el pasivo a corto plazo, (incluyendo acreedores comerciales y laborales), es decir son los acreedores quienes financian el circulante⁸⁷⁷.

⁸⁷⁴ PAYNE, J., “Schemes of arrangement y reestructuración de deuda en el derecho inglés”, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 22, Madrid 2015, p. 316.

⁸⁷⁵ En este sentido, el art. 2.1.1) de la Directiva 2019/1023, contiene una definición de lo que debe entenderse por “reestructuración” a efectos de la Directiva: “*aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*”.

⁸⁷⁶ THERY MARTÍ, A., “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión europea de 22 de noviembre de 2016 (II)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, enero 2018, p. 367.

⁸⁷⁷ GOMEZ ASENSIO, C., “La directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, en *actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 12, febrero 2020, p. 481.

La reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial, en su totalidad o en parte, modificando la composición, las condiciones o la estructura del activo y del pasivo o de cualquier otra parte de su estructura de capital -en su caso mediante la venta de activos o de parte de la empresa o, cuando así lo prevea el Derecho nacional, de la empresa en su conjunto- así como realizando cambios operativos⁸⁷⁸.

La concurrencia del presupuesto objetivo requiere el cumplimiento del requisito de que la solvencia ha de ser *inminente*⁸⁷⁹. Esta condición viene recogida en el art. 4 de la Directiva al establecer la necesidad de la disponibilidad de marcos de reestructuración preventiva para el deudor con dificultades financieras cuando se hallen en un estado de *insolvencia inminente*⁸⁸⁰.

La traducción oficial a la versión española ha optado por utilizar la expresión de insolvencia *inminente* en el concepto del artículo 2.3 TRLC que autoriza a solicitar la declaración del concurso. Sin embargo, en las versiones inglesa y alemana se utilizan los términos “probabilidad de insolvencia” o “insolvencia probable”, lo que constituye un estado más adelantado al de la insolvencia inminente, lo que sin duda suscita ciertas dificultades a la hora de fijar de manera general el presupuesto objetivo, cuya definición en todo caso, corresponderá a las respectivas normativas de los Estados miembros, con

⁸⁷⁸ El artículo 2 de la Directiva, que lleva por título “Definiciones”, entiende por reestructuración “*todas aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyan la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos*”.

⁸⁷⁹ El texto original de la Directiva emplea la palabra “*probabilidad de insolvencia*” y así se recoge en los textos redactados en inglés, alemán, francés, italiano, etc. Sin embargo, en la traducción al español, se ha preferido la denominación *insolvencia inminente* por estar más acorde con la tradición española. El cambio de denominación ha sido criticado por la doctrina española, encabezada por ROJO FERNANDEZ-RIO, A., “La propuesta de directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 42, septiembre-diciembre 2017, p. 9, para quien el cambio de terminología (insolvencia probable, riesgo de insolvencia) puede plantear dificultades a los estados miembros cuando traspongan el contenido de la Directiva a sus respectivas legislaciones.

⁸⁸⁰ El artículo 4.1 de la Directiva dispone que “*Los Estados miembros se cerciorarán de que, cuando se hallen en un estado de insolvencia inminente, los deudores tengan acceso a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar, con el fin de evitar la insolvencia y garantizar su viabilidad, sin perjuicio de otras soluciones destinadas a evitar la insolvencia, protegiendo así el empleo y manteniendo la actividad empresarial.*”

las lógicas diferencias entre estos. La cuestión no resulta baladí ya que condiciona el momento a partir del cual el deudor puede acogerse a marcos de reestructuración preventiva y a partir del cual es exigible el deber de evitar la insolvencia a los administradores sociales⁸⁸¹.

En Derecho español no existe la figura de un administrador en materia de *reestructuración*, sino un experto independiente que actúa en los acuerdos de *refinanciación*, por lo que habrá que estar a lo que disponga el legislador cuando transponga la Directiva, para conocer su regulación.

Entre tanto se transpone, cabe mencionar que el Texto refundido⁸⁸² regula los institutos preconcursales en dos Títulos independientes:

- El primero, dedicado a la comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores, se integra por tres Capítulos dedicados a la comunicación de apertura de negociaciones con los acreedores; los efectos de la comunicación y la exigibilidad del deber legal de solicitar el concurso⁸⁸³.
- El segundo, referido a los acuerdos de refinanciación, con tres Capítulos dedicados a los acuerdos de refinanciación, su homologación y el incumplimiento del acuerdo de refinanciación⁸⁸⁴.

El Texto refundido prevé dos tipos de acuerdos de refinanciación, los colectivos y los singulares, admitiendo para su posible homologación, únicamente a los primeros. Para ser considerados como tales acuerdos, ambos deben reunir una serie de requisitos y presupuestos, en los que el grado de intensidad de los efectos, para el deudor y para los

⁸⁸¹ HERBOSA MARTINEZ, I., “Planteamiento introductorio. Una primera lectura de la Directiva (UE) 2019/1023 en materia de marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para incrementar la eficacia de los procedimientos concursales”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, agosto septiembre 2019, p. 49.

⁸⁸² En la línea iniciada por el Real decreto Ley 3/2009 y seguida por la Ley 38/2011 (en sus artículos 71.6; 5 bis; y Disposición adicional cuarta), y por la Ley 17/2014 de 30 de septiembre, regula los acuerdos de refinanciación en el Título II del Libro Segundo, artículos 596 y ss.

⁸⁸³ Artículos 583 a 595, ambos inclusive

⁸⁸⁴ Artículos 596 a 630, ambos inclusive.

acreedores que no lo suscriben, depende del nivel de participación en la adopción del acuerdo, del conjunto de los acreedores o de los acreedores financieros, según el caso⁸⁸⁵.

El instrumento más importante para salvaguardar la eficacia de los acuerdos de refinanciación es su irrevocabilidad, por lo que siempre que se cumplan los presupuestos específicos que se exigen, pueden llegar a tener por objeto el saneamiento de una entidad mediante un aplazamiento, o mediante una reducción del pasivo financiero, incluidos los créditos con garantía real, y/o la conversión en acciones o participaciones sociales de los créditos. Esta clase de acuerdos hacen posible el saneamiento de aquellas empresas que puedan ser solventes y rentables con una reestructuración del pasivo, de los fondos propios y/o de la propia empresa.

El régimen jurídico hace descansar la decisión en el pasivo financiero y trata de evitar el veto de los acreedores con una participación minoritaria. Asimismo, la regulación de estos acuerdos trata de facilitar la capitalización de los créditos que, normalmente, tiene como consecuencia el cambio de control. Una vez adoptado el acuerdo de refinanciación, las operaciones reestructuradas se califican como de riesgo normal en la contabilidad de las entidades de crédito⁸⁸⁶.

El legislador español pretende promover la celebración de acuerdos de refinanciación, siempre que la actividad empresarial pueda generar los flujos suficientes para hacer frente al pasivo gracias a la reorganización empresarial y a la reestructuración del pasivo operada en virtud de los acuerdos de refinanciación. De este modo, en lugar de dotarse

⁸⁸⁵ De esta forma se pretende facilitar la adopción de los acuerdos de refinanciación que resulten más adecuados para lograr el saneamiento de las empresas en función de la empresa de que se trate y de la situación en que se encuentre. Al mismo tiempo, se establece la paralización de las acciones de ejecución singulares de los acreedores durante la negociación de los acuerdos, la calificación como deuda de la masa de los nuevos ingresos de tesorería, la extensión de las esperas e, incluso, de las quitas a los acreedores no adheridos en determinados supuestos, la no consideración de los acreedores intervinientes como persona especialmente relacionada ni, en principio, como administrador de hecho y la previsión de nuevos supuestos de presunciones de concurso culpable que puede llegar a alcanzar a los socios cuando se hubieran opuesto a la capitalización de créditos en los casos en los que esta medida integre el contenido del acuerdo de refinanciación.

⁸⁸⁶ El Banco de España publicó una comunicación el 18 de marzo de 2014, en la que se considera que los acuerdos de refinanciación tendrán la consideración de riesgo normal para las entidades de crédito siempre que haya elementos objetivos suficientes para concluir sobre la probabilidad de la recuperación de la financiación y la viabilidad de la empresa.

las correspondientes provisiones por las entidades de crédito como consecuencia de la insolvencia del deudor y mantenerse en el balance hasta que finalice la liquidación concursal, las entidades de crédito asumen directamente las pérdidas derivadas de la reestructuración del pasivo y/o de la capitalización de créditos para hacer posible la continuidad de la actividad empresarial del deudor⁸⁸⁷.

2.1 Definición y funciones

El administrador en materia de reestructuración es definido en la Directiva mediante la enumeración de las funciones que desempeña, considerando como tal aquella persona designada por una autoridad judicial o administrativa, para asistir al deudor o los acreedores en la elaboración de un plan de reestructuración, supervisar la actividad del deudor mientras se negocia el plan, o tomar el control de los negocios del deudor⁸⁸⁸.

Sin embargo, en el Considerando 30⁸⁸⁹ la Directiva establece como funciones del administrador únicamente la de supervisión de la actividad del deudor, y la toma de

⁸⁸⁷ LEON SANZ, F. J., “La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales”, *Studi Senesi*, CXXVI (2014), pp. 47 y 48.

⁸⁸⁸ El artículo 2, apartado 1, punto 12) de la Directiva define al “administrador en materia de reestructuración” como “toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las siguientes funciones: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones”. Por su parte la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia de 2006, p. 2020, lo denomina “representante de la insolvencia” manifestando que puede ser una sola persona o, en algunos ordenamientos, una sociedad u otra entidad jurídica autónoma. Independientemente del modo en que sea nombrado, el representante de la insolvencia desempeña una función preponderante, pues debe aplicar de manera eficaz y eficiente el régimen de la insolvencia, ejerciendo ciertas facultades en relación con los actos y bienes del deudor, y tiene la obligación de proteger esos bienes y su respectivo valor, así como los intereses de los acreedores y los empleados, y de velar por una aplicación eficaz e imparcial del régimen. Por consiguiente, es indispensable que el representante de la insolvencia esté debidamente cualificado y posea los conocimientos, la experiencia y las cualidades personales necesarias para garantizar la sustanciación eficaz y eficiente del procedimiento y para fomentar la confianza en el régimen de la insolvencia.

⁸⁸⁹ El Considerando 30 establece que “El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor”.

control de las operaciones cotidianas. En opinión de NIETO DELGADO⁸⁹⁰ cuando se incorpore la Directiva, nada obsta a que, junto con las funciones de asistencia, supervisión o control, la Ley española atribuya al administrador en materia de reestructuración, más de una de esas funciones, a la vista de las circunstancias concurrentes, o incluso todas ellas⁸⁹¹.

Las funciones que la directiva establece son:

2.1.1 Asistencia al deudor, o a los acreedores, en la elaboración o negociación de un plan de reestructuración

Hace algunos años el sector bancario concibió el método de las negociaciones voluntarias sobre reestructuración como alternativa a los procedimientos concursales lo que, en términos coloquiales, se ha dado en llamar “*cultura del rescate*”. La utilización de las negociaciones voluntarias tiene la finalidad de llegar a un arreglo contractual entre los propios prestamistas y entre los prestamistas y el deudor con miras a la reorganización de éste, con o sin la reorganización de sus finanzas.

A este respecto, la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el régimen de la insolvencia de 2006⁸⁹² dedica especial atención a la utilización e importancia de las negociaciones de reestructuración que pueden entablar voluntariamente el deudor y sus principales acreedores para restablecer la viabilidad del negocio de aquel⁸⁹³.

⁸⁹⁰ NIETO DELGADO, C., “Funciones de la administración concursal en el nuevo marco regulatorio de las insolvencias (reestructuración y concurso)”, *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.), Madrid, Diciembre 2020, p.183.

⁸⁹¹ Se inclina por aconsejar que el Derecho español sea generoso y prevea de modo flexible la posibilidad de asignación de cualquiera de los bloques de tareas, incluyendo la facultad de atribuir más de una, o incluso, todas.

⁸⁹² Disponible en https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/05-80725_ebook.pdf

⁸⁹³ Existen varios códigos de comportamiento o protocolos de actuación para entidades financieras en acuerdos de refinanciación: en Italia se han dictado las *Istruzioni di vigilanza della Banca D'Italia* (1993) y el *Código de la Associazione Banca de Italia di comportamento banca-imprese in crisi* (1999); y también en términos similares tenemos el llamado Enfoque de Londres o London Approach, integrado por los ocho principios de la INSOL INTERNATIONAL (Internacional Federation of Insolvency Professionals) para arreglos extrajudiciales, refrendado por el Banco Mundial y el Banco de Inglaterra.

La reestructuración es una tarea interdisciplinar, no académica, en la que abogados, economistas, auditores, expertos en negocios, hasta profesores, comparten la carga de lograr que empresas que se encuentran en dificultades vuelvan a encaminarse hacia un futuro prometedor, en beneficio no solo de la propia sociedad, sino de los inversores, empleados y terceros⁸⁹⁴.

A través de la reestructuración, una empresa adopta un nuevo modelo de negocio, distinto al que presentaba anteriormente. Entre los objetivos de la reestructuración empresarial se encuentra el garantizar que la empresa va a poder continuar con su funcionamiento en el futuro⁸⁹⁵.

De entre las distintas posibles tareas de reestructuración que acometa una empresa⁸⁹⁶, la más común es la *reestructuración financiera* que se origina cuando se evidencia dentro de la empresa una duda razonable sobre su capacidad para cumplir con los compromisos adquiridos con los acreedores. El paso inicial que la compañía debe dar es comunicar a todos sus acreedores la situación real de la empresa. También debe dar paso a una negociación que impida el vencimiento anticipado de las deudas por incumplimiento de los plazos⁸⁹⁷.

A partir de aquí, se desencadena todo un extenso y arduo trabajo financiero y jurídico que difícilmente puede ser realizado internamente por cualquier compañía, por cuya razón el administrador en materia de reestructuración es el encargado de asistir al deudor o a los acreedores para elaborar un plan que desemboque en la plena reestructuración de la empresa y evite su insolvencia.

⁸⁹⁴ SCHMIDT, K., “Reestructuración empresarial: ¿una cuestión de derecho de sociedades o una materia de derecho concursal?”, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 31, Madrid, 2019, p. 368.

⁸⁹⁵ COLL MORALES, F., *Reestructuración empresarial*, disponible en <https://economipedia.com/definiciones/reestructuracion-empresarial.html>

⁸⁹⁶ Las compañías pueden acometer reestructuraciones internas, con el fin de generar una mayor eficiencia en el funcionamiento de los departamentos, y tecnológicas, con el fin de adaptarse a los nuevos avances que se producen en el sector.

⁸⁹⁷ FERNANDEZ DE SANTAELLA, F., *¿Qué es una reestructuración financiera?*, disponible en <https://blog.norgestion.com/gestion-de-empresas-e-interim-management/que-es-una-reestructuracion-financiera/>

Para que la asistencia del administrador sea efectiva, éste deberá analizar en profundidad la situación actual de la compañía y su evolución reciente: balance, cuenta de resultados y caja. Análisis que deberá completarse con reuniones con el equipo directivo y una reflexión estratégica interna para poder entender cuáles son las fuentes de negocio y de caja, incluyendo proyección a varios años vista que reflejen la evolución prevista.

Una vez realizado dicho análisis, y en función de sus resultados, deberá elaborar un plan de reestructuración con el contenido que indica el artículo 8 de la Directiva⁸⁹⁸, el cual que contendrá diferentes alternativas para negociar con los acreedores⁸⁹⁹.

El único referente que existe en nuestra legislación relativo al contenido del plan de reestructuración, lo encontramos en el Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de

⁸⁹⁸ El plan de reestructuración deberá contener, como mínimo, la información siguiente: a) la identidad del deudor; b) los activos y pasivos del deudor en el momento de presentar el plan de reestructuración, incluido el valor de los activos, una descripción de la situación económica del deudor y de la situación de los trabajadores, y una descripción de las causas y del alcance de las dificultades del deudor; c) las partes afectadas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, así como sus créditos o intereses cubiertos por el plan de reestructuración; d) en su caso, las categorías en las que las partes afectadas han sido agrupadas a efectos de la adopción del plan de reestructuración y los valores respectivos de los créditos e intereses de cada una de las categorías; e) en su caso, las personas, mencionadas individualmente o descritas por categorías de deuda de conformidad con la normativa nacional, que no estén afectadas por el plan de reestructuración, junto con una descripción de los motivos por los cuales se propone que no lo estén; f) en su caso, la identidad del administrador en materia de reestructuración; g) las condiciones del plan de reestructuración, incluidas en particular: i) cualquier medida de reestructuración propuesta tal como se define en el artículo 2, apartado 1, punto 1, ii) en su caso, la duración propuesta de las medidas de reestructuración propuestas, iii) las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional, iv) en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares, v) los flujos financieros estimados del deudor, si está previsto en la normativa nacional, y vi) toda nueva financiación prevista como parte del plan de reestructuración y los motivos por los cuales es necesario aplicar dicho plan; h) una exposición de motivos que explique por qué el plan de reestructuración ofrece una perspectiva razonable de evitar la insolvencia del deudor y de garantizar la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones previas necesarias para el éxito del plan. Los Estados miembros podrán requerir que se efectúe o se valide dicha exposición de motivos por un experto externo o por un administrador en materia de reestructuración si hubiera sido nombrado. 2. Los Estados miembros facilitarán en línea una lista de comprobación completa para los planes de reestructuración, que esté adaptada a las necesidades de las pymes. La lista de comprobación incluirá directrices prácticas sobre la manera de redactar el plan de reestructuración de conformidad con la normativa nacional.

⁸⁹⁹ Entre las alternativas caben la ampliación de plazos, el establecimiento de quitas, carencia de principal y/o de intereses están entre las más habituales, e incluso, la posibilidad de solicitar financiación adicional. También se estudiará y valorará la posibilidad de ampliaciones de capital por parte de los socios actuales, la pignoración de activos o ampliación de garantías entre otros.

medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos⁹⁰⁰, que establece diversos mecanismos conducentes a permitir la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como la flexibilización de la ejecución de la garantía real⁹⁰¹.

2.1.2 Supervisión de la actividad del deudor mientras se negocia el plan

La segunda de las funciones que la Directiva considera debe realizar el administrador en materia de reestructuración, consiste en supervisar la actividad del deudor mientras se negocia el plan.

El mantenimiento del deudor en funciones supone varias ventajas, ya que dispone de un conocimiento directo y personal de su negocio y del ramo al que pertenezca, por ello resulta importante que no se le desapodere y que siga desempeñando sus funciones, ayudando al administrador en materia de reestructuración a desempeñar sus funciones con un conocimiento más cabal y directo del negocio del deudor.

La Directiva prevé que el administrador en materia de reestructuración ejerza diversos grados de control, supervisando ampliamente sus actividades y aprobando las operaciones importantes, mientras que el deudor sigue dirigiendo la marcha diaria del negocio y adoptando toda decisión necesaria al respecto.

⁹⁰⁰ En redacción dada por Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

⁹⁰¹ El mencionado Real Decreto-Ley tiene anexo un Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, que faculta a los deudores en situación de insolvencia inminente, para proponer a sus acreedores la aprobación de un plan de reestructuración que puede contener: a) la carencia de amortización de principal; b) la ampliación del plazo de amortización; c) la reducción del tipo de interés; d) la reunificación de las distintas deudas. Y en el caso de que las entidades financieras consideren inviable el plan propuesto dada la situación económica financiera del deudor se podrá conceder una quita del 25%; o una reducción equivalente a la diferencia entre capital amortizado y el que guarde con el total del capital prestado la misma proporción que el número de cuotas satisfechas por el deudor sobre el total de las debidas; o una reducción equivalente a la mitad de la diferencia existente entre el valor actual de la vivienda y el valor que resulte de sustraer al valor inicial de tasación dos veces la diferencia con el préstamo concedido, siempre que el primero resulte inferior al segundo.

La supervisión de las actividades del deudor prevista por la Directiva es la equivalente a las que realiza el administrador concursal en nuestro Ordenamiento una vez declarado el concurso. Así en el caso de concurso voluntario (que parece razonable tomar como referencia) las facultades del deudor se encuentran normalmente sometidas a la intervención de la administración concursal⁹⁰², encontrándose limitada dicha intervención a los bienes y derechos integrados, o que se integren, en la masa activa, y a la asunción, modificación o extinción de obligaciones de carácter patrimonial⁹⁰³.

No obstante el régimen de intervención, el administrador concursal está facultado para autorizar, con carácter general, aquellos actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, puedan ser realizados por el concursado o por su director o directores generales.

Las facultades del administrador afectan al ejercicio de las facultades patrimoniales del concursado, concretamente a su eficacia, ya que cuando los administradores autorizan un acto del deudor, en ningún caso actúan como representantes de dicho deudor⁹⁰⁴. El administrador no tiene legitimación funcional indirecta para administrar, sino que sus facultades se limitan a decidir sobre la eficacia de las actuaciones de aquel que conserva la administración, y de que tales actuaciones no perjudiquen, menoscaben o entorpezcan la elaboración del plan de reestructuración.

Considero que el alcance de la supervisión que la Directiva impone al administrador en materia de reestructuración es superior al previsto en la legislación española actual. Baso esta afirmación en la concurrencia de las siguientes circunstancias:

⁹⁰² El artículo 106 TRLC dispone que *“en caso de concurso voluntario, el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, pero el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización según tenga por conveniente”*

⁹⁰³ El artículo 107.1 TRLC dispone que: *“El ámbito de la intervención y de la suspensión estará limitado a los bienes y derechos integrados o que se integren en la masa activa, a la asunción, modificación o extinción de obligaciones de carácter patrimonial relacionadas con esos bienes o derechos y, en su caso, al ejercicio de las facultades que correspondan al deudor en la sociedad o comunidad conyugal”*

⁹⁰⁴ GALLEGO SANCHEZ, E., *“La intervención judicial en la suspensión de pagos”*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999, p. 40

- a) El hecho de que el artículo 19 de la Directiva⁹⁰⁵ impone a los Estados miembros que en los casos de insolvencia inminente los administradores sociales deben tener en cuenta los intereses de los acreedores y otros interesados⁹⁰⁶, debiendo tomar medidas para evitar la insolvencia y evitar conductas dolosas o gravemente negligentes, que pongan en peligro la viabilidad de la empresa⁹⁰⁷.
- b) El hecho de que en nuestro ordenamiento no existe una norma expresa que obligue al administrador societario a tener en cuenta los intereses de los acreedores en los casos en los que la sociedad atraviesa un periodo con dificultades, desde la perspectiva financiera. Ni siquiera existe una suerte de “test de solvencia”⁹⁰⁸ que fije un límite a la distribución de resultados dependiendo de la situación financiera de la sociedad como existe en otros ordenamientos⁹⁰⁹.

⁹⁰⁵ El artículo 19 de la Directiva dispone “*Obligaciones de los administradores sociales en caso de insolvencia inminente. Los Estados miembros se cerciorarán de que, en caso de insolvencia inminente, los administradores sociales tomen debidamente en cuenta, como mínimo, lo siguiente: a) los intereses de los acreedores, tenedores de participaciones y otros interesados; b) la necesidad de tomar medidas para evitar la insolvencia, y c) la necesidad de evitar una conducta dolosa o gravemente negligente que ponga en peligro la viabilidad de la empresa*”.

⁹⁰⁶ Que se aplicarán siempre y cuando: a) no resulten en perjuicio de la reorganización satisfactoria de la empresa; b) No desalienten la participación en la gestión de empresas, especialmente de las que experimentan dificultades financieras; o c) No impidan el empleo de un discernimiento comercial razonable o que se asuma un riesgo comercial razonable (Recomendación 255 de la Guía Legislativa de la *Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del derecho Mercantil Internacional CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, Cuarta parte, p. 21, Nueva York, 2013, disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/leg-guide-insol-part4-ebook-s.pdf>.

⁹⁰⁷ Entre las medidas razonables podrán figurar las siguientes: a) Evaluar la situación financiera de la empresa y asegurar que las cuentas se lleven debidamente y estén actualizadas; informarse de manera independiente acerca de la situación financiera en que se encuentra la empresa y su situación general; celebrar reuniones periódicas del consejo de administración para vigilar la situación; obtener asesoramiento profesional, incluido asesoramiento jurídico o relativo a la insolvencia; mantener conversaciones con los auditores; convocar una asamblea de accionistas; modificar las prácticas de gestión para tener en cuenta los intereses de los acreedores y otras partes interesadas; proteger los activos de la empresa para obtener el máximo valor y evitar la pérdida de activos fundamentales; estudiar la estructura y las funciones de la empresa para examinar la viabilidad y reducir los gastos; no permitir que la empresa se comprometa a los tipos de operaciones que podrían ser anuladas a no ser que ello se justifique debidamente desde el punto de vista empresarial; seguir comerciando en las circunstancias en que resulte apropiado hacerlo, para obtener el máximo valor del negocio en marcha; mantener negociaciones con los acreedores o iniciar otros procedimientos oficiosos, como negociaciones para una reestructuración de carácter voluntario (Recomendación 256 de la *Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas*, op. cit., p. 22).

⁹⁰⁸ Término utilizado por EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los nuevos deberes de los administradores frente a los acreedores en sociedades con dificultades económicas”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, agosto septiembre 2019, p. 140.

⁹⁰⁹ El único precepto relacionado con dicha cuestión es el art. 348 bis de la Ley de Sociedades de Capital que produce el efecto contrario al reconocer el derecho del socio a separarse de la sociedad cuando no ha

Teniendo en cuenta estas circunstancias, el alcance de la supervisión del administrador en materia de reestructuración, deberá ser muy superior al previsto en la legislación española actual, puesto que deberá comprobar si el administrador societario ha cumplido con su obligación de tener en cuenta a los acreedores de la sociedad desde el momento en que tuvo, o debió tener, conocimiento de la insolvencia inminente; comprobar si se tomaron medidas para evitar la insolvencia; y si ha existido alguna conducta dolosa o gravemente negligente que haya puesto en peligro la viabilidad de la empresa, aunque la conducta finalmente no haya afectado a dicha viabilidad.

2.1.3 Tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones

La Directiva también prevé que el administrador en materia de reestructuración pueda tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor. No menciona la Directiva cuales son, o deben ser, las operaciones en las que el deudor será desapoderado, pero en todo caso resulta evidente que en los casos de sustitución los administradores ni retoman las mismas facultades que el titular del patrimonio tenía, ni disponen de libertad total en su actividad, puesto que, al gestionar intereses ajenos, las actuaciones que desarrollen deben acomodarse a unos niveles objetivos de diligencia⁹¹⁰.

Al igual que sucede en los casos de intervención previstos en la legislación española, el ámbito objetivo de la suspensión de facultades está limitado a los bienes y derechos integrados, o que se integren, en la masa activa, y a la asunción, modificación o extinción de obligaciones de carácter patrimonial relacionadas con esos bienes o derechos (art. 107 TRLC).

La toma del control de las operaciones del deudor quedará circunscrita al periodo de tiempo en que duren las negociaciones, y en este periodo se podrá solicitar el cierre de

recibido en los últimos cinco años ninguna retribución societaria, lo que puede implicar un grave efecto destabilizador en la situación financiero de la sociedad

⁹¹⁰ TIRADO MARTI, “*Los administradores...*”, op. cit., p. 92.

oficinas o establecimientos, e incluso adoptar medidas que supongan la modificación de las condiciones de trabajo⁹¹¹. *Por analogía*, podríamos decir que también durante ese periodo, el administrador estará obligado a formular y someter a auditoría las cuentas anuales (art. 116 TRLC) y a presentar todas las declaraciones tributarias (art. 118 TRLC).

La toma de control resulta sumamente necesario cuando exista el riesgo de que el deudor actúe de modo irresponsable o incluso doloso durante el período en que retenga el control de la empresa, comprometiendo el éxito de la reorganización y defraudando la confianza depositada en él por los acreedores, pero tiene también puede entrañar desventajas, por ejemplo, cuando se utilice en situaciones en que sea claramente improbable que la reorganización prospere, o cuando sirva únicamente para demorar lo inevitable, con el resultado de que se seguirán dispersando los bienes.

Por ello, dada la complejidad del planteamiento del deudor en posesión del negocio, es preciso examinar con detenimiento, antes de adoptar la decisión, si es conveniente la toma de control de los activos y negocios del deudor, no sólo porque su éxito depende de que haya un sólido régimen de gestión empresarial, sino también porque incide en la concepción de otras disposiciones del régimen de la insolvencia (por ejemplo, en las relativas a la elaboración del plan de reorganización, al ejercicio de los poderes de anulación, al régimen de los contratos y a la obtención de financiación tras la apertura del procedimiento de insolvencia, etc.).

2.1.4 Informar a la autoridad judicial o administrativa de las negociaciones del plan de reestructuración

⁹¹¹ El art. 114 TRLC establece que “1. El juez, a solicitud de la administración concursal, previa audiencia del concursado y, si existieran, de los representantes de los trabajadores, podrá acordar, mediante auto, el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el concursado, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta. 2. Cuando las medidas supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, siempre que tengan carácter colectivo, la administración concursal deberá solicitar al juez del concurso la adopción de la decisión, que se tramitará conforme a lo establecido en esta Ley”.

También constituye una obligación del administrador en materia de reestructuración, informar al juez o autoridad administrativa, de aquellos hechos importantes que acontezcan durante la elaboración del plan de reestructuración.

Tal previsión la realiza el legislador europeo para mitigar las desventajas de la toma de control, adoptando ciertas salvaguardias, como la de obligar al deudor a informar con regularidad al tribunal sobre la marcha de la reorganización, ya que el precepto no distingue si la información debe realizarse por parte del administrador o del deudor.

En la legislación española, no existe la obligación de informar al juez de la marcha de un acuerdo de refinanciación. No obstante, resulta necesario en los casos en que el administrador concursal debe solicitar autorización para solicitar el cambio de las facultades de intervención a suspensión, o viceversa (art. 108 TRLC); el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el concursado, así como, (en los casos en que ejerciera una actividad empresarial), el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta; y cuando las medidas que desea adoptar la administración concursal supongan la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el traslado, el despido, la suspensión de contratos o la reducción de jornada, siempre que tengan carácter colectivo (art. 114 TRLC). También deberá informar al juez de la infracción del régimen de limitación o suspensión de facultades por parte del deudor, cuando deban ser anulados los actos realizados infringiendo el régimen.

2.2 Formación

Ante el hecho de que la Directiva considere al administrador en materia de reestructuración⁹¹² como una categoría distinta a los administradores en materia de insolvencia y exoneración de deudas, cabe suponer que la formación de uno y otros también sea distinta, por cuanto distintas son las funciones que desempeñar.

⁹¹² Definido en el artículo 2, apartado 1, punto 12) de la Directiva.

En nuestro Derecho, en lo referente a los acuerdos colectivos de refinanciación, el artículo 600 TRLC solo prevé el nombramiento de un experto independiente por parte del Registrador Mercantil del domicilio del deudor, para que informe sobre el plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor a corto y medio plazo, indicado en el apartado 3 que “Para la emisión del informe el registrador mercantil designará como experto a profesional que *considerare idóneo*”, sin que se fijen criterios de idoneidad.

Como apunta CAMPUZANO LAGUILLO⁹¹³ no es suficiente que el sujeto reúna la cualidad de experto y que lo sea de forma independiente, sino que, dichos conocimientos deben ponerse en práctica en el ejercicio de su función profesional de forma idónea y eficaz⁹¹⁴.

El experto independiente⁹¹⁵ es “una persona conocedora de aspectos contables y de valoración a la que el legislador acude en determinadas ocasiones en beneficio de los socios y de los acreedores precisamente por su carácter independiente sin compromisos con la sociedad, sus administradores, los socios, o terceros”, definición a la que habría que añadir que también goza de conocimientos jurídicos suficientes para llevar a cabo la reestructuración o refinanciación de una empresa en dificultades.

Sin embargo, el administrador en materia de reestructuración es un individuo distinto al experto independiente regulado en nuestro Derecho porque mientras la función del experto independiente consiste en informar sobre el sobre el carácter razonable y realizable del plan de viabilidad, y sobre la proporcionalidad de las garantías constituidas o que se constituyan a favor de los acreedores, así como de las demás menciones del plan

⁹¹³ CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “Comentario al artículo 600 TRLC”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ (Dirs.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, TOMO IV, p. 164.

⁹¹⁴ Basa su consideración en la definición que la Real Academia Española de la Lengua otorga a la palabra “experto”, considerando como tal a la persona practica o experimentada en algo y como especializada o con grandes conocimientos en la materia; y en la definición de la palabra “independiente” al considerar como tal a aquella persona que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena.

⁹¹⁵ En definición dada por la Asociación Profesional de Expertos Contables y Tributarios de España, en https://www.aece.es/descargararchivo_docnoticias_1404#:~:text=El%20experto%20independiente%2C%20como%20su,la%20sociedad%2C%20sus%20administradores%2C%20los.

de viabilidad que, en su caso, prevea la normativa que resulte aplicable; el administrador en materia de reestructuración debe asistir al deudor y a los acreedores en la negociación de un plan de reestructuración, función ésta mucho más amplia que va a requerir de “muchacha mano izquierda” para hacer confluir las voluntades de los acreedores de todas las categorías (financieros, laborales, públicos, proveedores, etc.), por lo que no siempre va a resultar fácil. Por estas razones, el administrador en materia de reestructuración debe contar con una formación y conocimientos superiores a los demás administradores dado que su ámbito de actuación también es superior abarcando materias mucho más amplias que las del experto independiente.

En mi opinión, para que se pueda aprobar un plan, deberá confeccionarse con mucha rigurosidad, conteniendo toda la información que exige el artículo 8 de la Directiva, y garantizar⁹¹⁶ la viabilidad de la empresa, junto con las condiciones necesarias para la aprobación del plan. Para ello debe conocer a fondo como funciona una empresa, sus fuentes de financiación, competidores, clientes, e incluso cuál es su posicionamiento dentro de su sector; cuáles son sus procesos productivos, la determinación del precio de coste o de venta de una mercancía en relación con los factores que la integran; si tiene o no instauradas normas de cumplimiento normativo “*compliance*”, etc., factores y elementos todos estos que exigen unos niveles de conocimiento muy superiores a los que se exigen a un administrador concursal.

Las cualificaciones que deberá poseer una persona para poder ser designada administrador en materia de reestructuración variarán en función de las atribuciones que se le atribuyan, así como del grado de supervisión que ejerza el tribunal.

Al definir las cualificaciones que deberá tener un representante de la insolvencia, conviene, por una parte, no exigir requisitos demasiado estrictos porque eso podría dar lugar al nombramiento de personas altamente cualificadas, descartando así el grupo de profesionales considerados aptos para ser nombrados e incrementando los costos del

⁹¹⁶ Esa es la expresión (en imperativo) que emplea la Directiva.

procedimiento y, por otra parte, no imponer requisitos tan poco estrictos que no garanticen la calidad requerida del servicio⁹¹⁷.

A mi juicio, atendiendo a las funciones que se han enunciado, hay que distinguir entre el administrador en materia de reestructuración en los casos de insolvencia inminente, en los términos del Derecho español, de aquellos en que es probable, y que aparece en un estadio anterior.

En los casos de insolvencia inminente, considero que el pre-pack es una figura que puede tener notable éxito en el derecho preconcursal español, pero teniendo en cuenta que dicha figura queda circunscrita al marco de la comunicación de la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación u obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (ex. art. 583 TRLC), que necesariamente desembocará en un concurso. En estos casos, el administrador en materia de reestructuración sí que puede tener la misma formación que el administrador concursal por cuanto su labor es similar a la que realizan los administradores concursales, prueba de ello es que así lo han considerado los jueces en las recientes resoluciones dictadas en aplicación del pre-pack⁹¹⁸.

Pero cuando nos encontramos en el marco de los institutos pre-concursales, en los que la insolvencia es probable, utilizando terminología inglesa o alemana, el concepto de reestructuración alcanza una dimensión superior al pre-pack, puesto que se trata fundamentalmente de evitar dicha insolvencia, proteger el empleo, mantener la actividad empresarial garantizando su viabilidad (art. 4 de la Directiva), o, al menos preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones. En estos casos, el administrador en materia de reestructuración debe tener una formación mucho más amplia que el administrador concursal, por cuanto mayores son las responsabilidades que asume, y más compleja es su tarea.

⁹¹⁷ Así lo recomienda, la Guía Legislativa de la Comisión de las Naciones Unidas Para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre el régimen de la insolvencia de 2006, p. 206.

⁹¹⁸ Auto del Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 en el seno de la comunicación del art. 5 bis Ley concursal (1069/2020 T5B); Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona de 21 de enero de 2021; y Auto de fecha 15 de febrero de 2021, dictado por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga, en la pieza separada de medida cautelar nº 206/21 (Comunicación art. 583 TRLC nº 76/21).

La complejidad de muchos procedimientos de reestructuración hace sumamente deseable que el administrador en materia de reestructuración se encuentre debidamente cualificado y cuente con conocimientos jurídicos (no sólo en materia de insolvencia, sino también sobre toda cuestión pertinente de derecho comercial o mercantil, financiero y de sociedades), y que posea suficiente experiencia en asuntos comerciales y financieros, así como de contabilidad, y una experiencia demostrable en materia de reestructuración o refinanciación de empresas.

3. Casos en los que procede el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración

El artículo 5.1 de la Directiva 2019/1023 establece con carácter general la conservación por el deudor del control sobre sus activos y sobre la gestión diaria de la empresa “*debtor in possession*”, consagrando con ello el principio de mínima intervención⁹¹⁹.

No obstante, este principio general de conservación de las facultades por parte del deudor se matiza en el apartado 2 del mismo precepto, al establecer que la posibilidad de nombrar a un administrador en materia de reestructuración⁹²⁰ deberá decidirse “*en cada caso concreto*” y “*cuando sea necesario*”.

De esta forma, la “*necesidad*” y la “*adecuación al caso concreto*”, son los criterios identificados por la Directiva 2019/1023 en base a los cuales una autoridad judicial o

⁹¹⁹ En este sentido señala el considerando 30 de la Directiva 2019/1023 que: “*Para evitar costes innecesarios, reflejar el carácter anticipatorio de la reestructuración preventiva y animar a los deudores a solicitar la reestructuración preventiva en un momento temprano de sus dificultades financieras, tales deudores deben conservar, en principio, el control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial. El nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, sea para supervisar la actividad de un deudor o para tomar parcialmente el control de las operaciones cotidianas de un deudor, no debe ser siempre obligatorio, sino decidirse en cada caso concreto en función de las circunstancias o las necesidades específicas del deudor*”.

⁹²⁰ De conformidad con el artículo 2.1 ap. 12 de la Directiva 2019/1023, se entenderá por “*administrador en materia de reestructuración*”: “*toda persona u órgano nombrado por una autoridad judicial o administrativa para desempeñar, en particular, una o más de las siguientes funciones: a) asistir al deudor o a los acreedores en la elaboración o la negociación de un plan de reestructuración; b) supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones de un plan de reestructuración e informar a una autoridad judicial o administrativa; c) tomar el control parcial de los activos y negocios del deudor durante las negociaciones*”.

administrativa podrá decidir el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración. Teniendo en cuenta que el objetivo de la Directiva es que exista un procedimiento ágil, en el que de forma temprana el deudor pueda acordar con sus acreedores un plan de reestructuración, debe entenderse que la figura del administrador en materia de reestructuración será excepcional y habrá que estar al caso concreto, puesto que la regla general es el no desapoderamiento⁹²¹.

Ahora bien, a estos criterios generales se hace referencia en el Considerando 31 de la Directiva al disponer que en determinadas circunstancias los Estados miembros pueden requerir que sea siempre necesario el nombramiento de dicho administrador⁹²².

Y en el marco normativo, la excepción se encuentra desarrollada en el artículo 5.3 de la Directiva, al contener un mandato imperativo a los Estados miembros, de nombramiento de administrador en materia de reestructuración, debiendo ser obligatoria su designación, *al menos*, en los siguientes casos:

- Cuando sea necesario para proteger los intereses de las partes, en el caso de que la autoridad judicial o administrativa conceda al deudor una suspensión general de ejecuciones singulares;
- Cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa por medio de una reestructuración forzosa que implique la aplicación de un mecanismo de arrastre vertical, en virtud del cual se permite imponer un acuerdo de reestructuración financiera a una o varias clases de acreedores disidentes⁹²³;

⁹²¹ Así lo considera FERNANDEZ PEREZ, N., “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”, en *Revista de derecho Concursal y paraconcursal*, nº32, Madrid, 2020, p. 78.

⁹²² Como como, por ejemplo: en caso de que el deudor disfrute de una suspensión general de ejecuciones singulares; cuando el plan de reestructuración deba ser confirmado por medio de una reestructuración forzosa de la deuda aplicable a todas las categorías; cuando el plan de reestructuración incluya medidas que afecten a los derechos de los trabajadores, o cuando el deudor o sus administradores sociales hayan actuado de modo delictivo, fraudulento o perjudicial para las relaciones empresariales.

⁹²³ Tal mecanismo opera en la práctica como un incentivo para la aplicación del plan, por cuanto se establece que cuando el plan no hubiera sido aprobado por las partes afectadas (art. 9.6), en todas las categorías de voto, pueda ser confirmado por una autoridad judicial o administrativa a propuesta de un deudor o con el consentimiento del deudor, y convertirse en vinculante para las categorías de voto disidentes cuando el plan cumpla, como mínimo, las condiciones a que hace referencia el art. 11.1 de la Directiva. LADO CASTRO-

- Cuando el nombramiento haya sido solicitado por el deudor, o haya sido solicitado por la mayoría de los acreedores, siempre que éstos asuman todos los costes y honorarios de dicho administrador.

El *primer supuesto* que introduce la Directiva y que hasta el momento no se contempla en nuestro Ordenamiento, consiste en que se acuerde por la autoridad judicial la *suspensión general de las ejecuciones singulares* prevista en el art. 6.3, y se estime por parte de la misma que dicho administrador es necesario para salvaguardar el interés de las partes. Por lo tanto, el nombramiento solo es necesario si la *suspensión es general* afectando a todos los acreedores, incluidos los créditos garantizados y los preferentes⁹²⁴, suspensión de la que debe poder disfrutar el deudor con el fin de facilitar las negociaciones relativas a un plan de reestructuración, que ayude o contribuya a poder ser capaz de continuar su actividad empresarial o, al menos, de preservar el valor de su masa patrimonial durante las negociaciones.

La Directiva considera la posibilidad de excluir de la regla general de suspensión de ejecuciones aquellas categorías de créditos cuya ejecución no ponga en peligro la reestructuración de la empresa, o cuando la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores titulares de dichos créditos.

En Derecho español, los artículos 588 y 589 TRLC también contienen la regla general de la prohibición del inicio de ejecuciones singulares o la suspensión de las ya iniciadas, con las siguientes excepciones: a) la excepción a favor del crédito con garantía real y en beneficio de las entidades financieras (art. 591 TRLC); b) las ejecuciones singulares promovidas por acreedores titulares de pasivos financieros siempre que se acredite documentalmente que un porcentaje no inferior al 51% de pasivos financieros han

RIAL considera que ello supone que la normativa nacional, en definitiva, ha de prever la posibilidad de que el plan sea aprobado cuando concurren determinadas mayorías, para garantizar que una minoría de las partes afectadas en cada categoría no pueda obstaculizar la adopción de un plan de reestructuración que no supone una reducción injustificada de sus derechos e intereses. LADO CASTRO-RIAL, C., “Líneas esenciales de la Directiva”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, agosto septiembre 2019, p. 65.

⁹²⁴ Así lo dispone el artículo 6.2 de la Directiva, cuando establece que “*los Estados miembros velarán porque una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar todas las categorías de créditos, incluidos los garantizados y los preferentes*”.

apoyado expresamente el inicio de las negociaciones encaminadas a suscribir un acuerdo de refinanciación, comprometiéndose a no iniciar o continuar ejecuciones en tanto se negocia (art. 590 TRLC); c) a favor de los créditos públicos, aun tratándose de bienes o derechos necesarios para continuar con la actividad (art. 592 TRLC). La Directiva permite que la suspensión afecte a los acreedores de pasivo financiero y a los créditos de Derecho público, ambos excluidos en nuestro Ordenamiento⁹²⁵.

Ahora bien, las autoridades judiciales o administrativas pueden negarse a acordar una suspensión de las ejecuciones singulares en el caso de que consideren que no es necesaria, o no se cumpliera con ella el objetivo de facilitar las negociaciones. Tal ocurriría, cuando observen la falta de apoyo de las mayorías necesarias de los acreedores, o que el deudor no tiene capacidad para pagar las deudas al vencimiento de estas⁹²⁶.

El *segundo supuesto* que establece la Directiva para que sea necesario el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración se refiere al *contenido del plan de reestructuración*, siempre que deba ser confirmado por medio de un

⁹²⁵ PULGAR EZQUERRA, J., en “La Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex. art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito” en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 23, Madrid 2015, p. 37, considera que la exclusión de la paralización de la ejecución de créditos de derecho público “no constituye sino una causa de la hiperprotección que el crédito público recibe, no solo en sede concursal sino también preconcursal”.

⁹²⁶ El artículo 6 de la Directiva establece que: “1. Los Estados miembros velarán por que el deudor pueda disfrutar de una suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva. Los Estados miembros podrán prever que las autoridades judiciales o administrativas puedan denegar una suspensión de las ejecuciones singulares cuando esta no sea necesaria o cuando no cumpla el objetivo establecido en el párrafo primero. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los Estados miembros velarán por que una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes. 3. Los Estados miembros podrán prever que la suspensión de ejecuciones singulares pueda ser general, para todos los acreedores, o limitada, para uno o varios acreedores individuales o categorías de acreedores. Cuando una suspensión sea limitada, solo se aplicará a los acreedores que hayan sido informados, de conformidad con la normativa nacional, de las negociaciones mencionadas en el apartado 1 sobre el plan de reestructuración o sobre la suspensión. 4. Los Estados miembros podrán excluir determinados créditos o categorías de créditos del ámbito de aplicación de la suspensión de ejecuciones singulares, en circunstancias bien definidas, siempre que tal exclusión esté debidamente justificada y cuando: a) no resulte probable que la ejecución ponga en peligro la reestructuración de la empresa, o b) la suspensión vaya a perjudicar injustamente a los acreedores de dichos créditos”.

mecanismo de reestructuración forzosa aplicable a todas las categorías⁹²⁷ tal y como prevé el art. 11⁹²⁸.

La necesidad de *confirmación del plan* sucederá cuando: a) afecte a los créditos o intereses de las partes afectadas disidentes; b) prevean una nueva financiación; c) impliquen una pérdida de más del 25% de los trabajadores; d) cuando no haya sido aprobado por las partes; e) o incumpla, las condiciones mínimas que se indican en el artículo 11 de la Directiva⁹²⁹.

También es necesario nombrar un administrador en materia de reestructuración, cuando el marco de reestructuración preventiva afecte a los derechos laborales individuales y colectivos indicados en el artículo 13, en relación con los Considerandos 60 a 62 de la Directiva⁹³⁰.

A los anteriormente señalados derechos de los trabajadores habría que añadir que es necesario el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, en los

⁹²⁷ Las Directiva establece varios tipos separadas de categorías de acreedores, a saber: a) Acreedores que cuentan con créditos garantizados; b) Acreedores que no cuentan con créditos garantizados; c) Acreedores con créditos subordinados; d) Acreedores que carecen de comunidad de intereses suficiente, como las administraciones tributarias o de seguridad social; e) Trabajadores; y f) pequeños proveedores.

⁹²⁸ Equivalente al “*cros-class cramdown*” del derecho inglés, y que tampoco contempla nuestro Ordenamiento jurídico, hasta el momento.

⁹²⁹ Las condiciones *mínimas* son: a) Que haya sido adoptado por los acreedores que han sido tratados por igual en la misma categoría; que el plan se haya notificado a todas las partes afectadas; que toda nueva financiación necesaria para cumplir el plan no perjudique injustamente los intereses de los acreedores. Como excepción, cuando el deudor sea una pyme, se podrá limitar el requisito de obtener el consentimiento del propio deudor; b) Que haya sido aprobado por una mayoría de las categorías de voto de las partes afectadas, siempre que al menos una de ellas sea de acreedores garantizados o de rango superior a los ordinarios; o por al menos una de las categorías, siempre que los perjudicados no serán tenedores de participaciones; c) Que garantice que las categorías de voto disidentes de los acreedores afectados reciban un trato más favorable que el de categorías inferiores, y al menos igual que otros de su misma categoría; y d) Que ninguna categoría pueda recibir o mantener más importe del importe total de sus créditos.

⁹³⁰ Considerandos 60 a 62 y artículo 13 de la Directiva. Los derechos afectados son: a) los derechos de negociación colectiva o de acción sindical; b) el derecho de información y consulta, que se concreta en la vulneración de los siguientes derechos de los trabajadores: derecho a ser informados sobre varios extremos de la empresa (su evolución, la creación de actividades o la situación económica) dándoles a conocer que es necesario estudiar la posibilidad de acudir a mecanismos de reestructuración; derecho a ser informados y consultados sobre la decisión de recurrir a un marco de reestructuración preventiva; y el derecho a que se les proporcione información referente a la propuesta de plan de reestructuración antes de ser presentado; c) los derechos garantizados relativos al despido colectivo, al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad y la relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

siguiente supuestos: cuando el plan incluya medidas que conduzcan a modificar la organización de trabajo o las relaciones contractuales con los trabajadores; cuando se ha suspendido la ejecución de los créditos laborales impagados sin estar debidamente garantizado el pago; y cuando han sido privados del derecho al voto a aquellos trabajadores cuyos créditos se vean afectados por el plan⁹³¹.

Igualmente será necesario el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, cuando el deudor o sus administradores sociales hayan actuado de un modo delictivo, fraudulento o perjudicial para las relaciones empresariales, circunstancia ésta que puede ser controvertida por cuanto normalmente una actuación de ese tipo puede no conocerse en el momento de iniciarse el proceso, sino en un momento posterior.

La Directiva se hace eco de que un administrador societario que quiere reestructurar su empresa debe tomar aquellas medidas empresariales que considere oportunas y asumir riesgos comerciales razonables, siempre que sean razonables para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia⁹³².

⁹³¹ El artículo 13.2 de la Directiva establece que: “Cuando el plan de reestructuración incluya medidas que conduzcan a modificar la organización del trabajo o las relaciones contractuales con los trabajadores, tales medidas serán aprobadas por dichos trabajadores, cuando la normativa nacional o los convenios colectivos prevean tal aprobación en esos casos”. Y en consonancia con dicha norma, el Considerando 23: “En un intento de reforzar el apoyo a los trabajadores y a sus representantes, los Estados miembros deben velar por que se permita a los representantes de los trabajadores acceder a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana y también deben tener la posibilidad de prestar asistencia a los representantes de los trabajadores a la hora de evaluar la situación económica del deudor”. En la misma línea, el Considerando 61 según el cual: “Se debe proporcionar a los trabajadores y a sus representantes la información referente a la propuesta de plan de reestructuración en la medida en que lo disponga el Derecho de la Unión, a fin de permitirles efectuar una evaluación en profundidad de las distintas posibilidades. Además, los trabajadores y sus representantes deben participar en la medida que sea necesaria para satisfacer los requisitos de consulta previstos por el Derecho de la Unión”.

⁹³² La Directiva, en su Considerando 70 dispone que: “Para seguir promoviendo la reestructuración preventiva, es importante garantizar que no se disuade a los administradores sociales de tomar decisiones empresariales razonables o asumir riesgos comerciales razonables, sobre todo cuando ello mejoraría las posibilidades de una reestructuración de empresas potencialmente viables. En caso de que la sociedad experimente dificultades financieras, los administradores sociales deben tomar medidas para minimizar las pérdidas y evitar la insolvencia, como las siguientes: buscar asesoramiento profesional, en particular en materia de reestructuración e insolvencia, por ejemplo utilizando las herramientas de alerta temprana cuando proceda; proteger el patrimonio de la sociedad a fin de incrementar al máximo su valor y evitar la pérdida de activos clave; examinar, a la luz de la estructura y las funciones de la empresa, su viabilidad y reducir gastos; evitar comprometer a la empresa en transacciones que puedan ser objeto de revocación, a menos que exista una justificación empresarial adecuada; seguir comerciando cuando sea adecuado hacerlo con el fin de maximizar el valor de la empresa en funcionamiento; mantener negociaciones con los acreedores e iniciar procedimientos de reestructuración preventiva”.

Ahora bien, lo que les está vedado es tomar decisiones que conlleven una disminución del patrimonio disponible para los esfuerzos que la reestructuración requiere, o para la distribución del mismo. Por ello, considera que es necesario el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, para garantizar que no se producen actuaciones dolosas o gravemente negligentes de las que resulte un beneficio del deudor y el correlativo perjuicio de los interesados, tales como aceptar transacciones a pérdida o tomar medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados⁹³³.

El *tercer supuesto* que establece el artículo 5 de la Directiva para que sea necesario el nombramiento de un administrador en materia de reestructuración, consiste en que el deudor o una mayoría de acreedores lo soliciten, siempre y cuando, en el último caso, los acreedores carguen con los costes del administrador⁹³⁴, olvidando disponer qué mayoría debe solicitarlo.

En cuanto a la *solicitud por parte del deudor*, la misma resulta consustancial a la esencia misma de la solicitud de un procedimiento de reestructuración, puesto que hay empresarios que no cuentan con los recursos necesarios para afrontar el pago de los honorarios de un administrador libremente designado “*ex ante*” de la solicitud del inicio del procedimiento; o simplemente desea que sea la autoridad judicial o administrativa la que proceda a su nombramiento en la forma legamente prevista, en la seguridad de que el nombrado será un profesional muy versado en la materia y que le podrá ayudar a reestructurar su empresa, y con ello a seguir hacia adelante.

⁹³³ La Directiva, en su Considerando 71 manifiesta que “*En caso de que el deudor esté próximo a la insolvencia, es importante también proteger los intereses legítimos de los acreedores frente a las decisiones de los gestores que podrían tener un impacto sobre la constitución de la masa del deudor, en particular cuando tales decisiones podrían tener el efecto de disminuir el valor del patrimonio disponible para los esfuerzos de reestructuración o para su distribución a los acreedores. Por lo tanto, es necesario garantizar que en tales casos los administradores sociales eviten toda actuación dolosa o gravemente negligente que resulte en beneficio propio en perjuicio de los interesados, y eviten aceptar transacciones a pérdida o tomando medidas conducentes a favorecer injustamente a uno o más interesados*”.

⁹³⁴ Si partimos de la base de que las funciones de un administrador en materia de reestructuración consisten en asistir al deudor y/o a los acreedores en la elaboración o negociación de un plan de reestructuración, en supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones, y en tomar el control parcial de sus activos y negocios durante las negociaciones, resulta evidente que sea el propio deudor o la mayoría de los acreedores quienes soliciten su nombramiento.

También es necesario el nombramiento cuando lo soliciten la mayoría de los acreedores, ya que ellos son los que van a sufragar los gastos y costes que conlleve la realización de sus funciones, lo que no plantea mayor problema ya que será la autoridad judicial o administrativa la que proceda a su nombramiento en la forma prevista por la Ley.

En este sentido, por mucho que formalmente se mantenga como principio general el mantenimiento por el deudor del control sobre sus activos y la gestión diaria de la empresa, la habitualidad en el tráfico de los supuestos que obligan al desapoderamiento del deudor recogidos en el artículo 5.3 de la Directiva 2019/1023, puede provocar que, en la práctica, la excepción al régimen del *debtor in possession* pueda acabar siendo la regla general y ésta, la excepción: por ejemplo, en el caso que el plan de reestructuración deba ser aprobado mediante la aplicación de un mecanismo de arrastre vertical o *cross class cramdown*, mecanismo cuya posibilidad de activación constituye en muchas ocasiones la verdadera motivación subyacente para la presentación de un plan de reestructuración⁹³⁵.

En idéntico sentido, URIARTE CODON⁹³⁶ considera que atendiendo a las ventajas que su presencia comporta, el nombramiento de experto de la reestructuración, como órgano auxiliar imparcial y objetivo, entre deudores y acreedores, debería ser la norma general, sin perjuicio de establecer alguna suerte de excepción en procesos reestructurativos de poca entidad. La filosofía del art. 5.3 de la Directiva debería alterarse. En vez de que tal nombramiento sea excepcional, la excepcionalidad debería ser su ausencia de todo procedimiento.

Por lo que respecta al caso español, la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español podrá cohonestarse con el régimen previsto en el art. 605 TRLC, el cual condiciona la homologación judicial de los acuerdos de refinanciación a que el deudor se

⁹³⁵ GOMEZ ASENSIO, C., “La directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 12, febrero 2020, pp. 472-511.

⁹³⁶ URIARTE CODON, A., Respuestas de Aner Uriarte a la “Consulta pública sobre la Directiva sobre reestructuraciones y segunda oportunidad”, entrevistas del Diario La Ley, 17.11.2019, disponible en: <https://diariolaLey.laLeynext.es/dll/2019/12/20/respuestas-de-aner-uriarte-a-la-consulta-publica-sobre-la-directiva-sobre-reestructuraciones-y-segunda-oportunidad>

encuentre en un estado de insolvencia actual o inminente, y va a obligar a una revisión de este modelo, lo que determinará la necesidad de nombrar un administrador en materia de reestructuración, al menos en los tres casos previstos en el art. 5.3 de la Directiva 2019/1023.

4. Pre-pack o prepackaged concursal.

El art. 2, apartado 1, punto 1) de la Directiva incluye dentro del concepto “reestructuración” las ventas de activos o de partes de la empresa, así como la venta de la empresa como empresa en funcionamiento. Y en su art. 4.5 señala que el marco de reestructuración preventiva establecido en virtud de la presente Directiva podrá consistir en uno o varios procedimientos, medidas o disposiciones, algunos de ellos podrán desarrollarse en un contexto extrajudicial, sin perjuicio de cualquier otro marco de reestructuración previsto en la normativa nacional.

Sobre esa base, y teniendo en cuenta la crisis económica generada por el Covid-19, se ha planteado la posible utilidad de los instrumentos de venta de unidades productivas en el marco del concurso, como alternativa para aquellas empresas que no tengan la posibilidad de refinanciación de sus deudas, tal y como ya se recogiera en la reforma de la Ley concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011⁹³⁷.

Uno de los instrumentos cuya utilización es posible, es el *pre-pack*⁹³⁸, o *prepackaged concursal*⁹³⁹, que está abriendo camino a soluciones ágiles, eficientes y económicas que

⁹³⁷ En el derecho derogado, el artículo 190 de la Ley concursal, en redacción dada por la Ley 38/2011, permitía aplicar el procedimiento abreviado que contemplara la venta rápida de la unidad productiva cuando el deudor junto con la solicitud de concurso acompañase un plan de liquidación que contuviese una oferta vinculante de compra de una unidad productiva en funcionamiento, hecha por escrito por un tercero.

⁹³⁸ Figura que se asemeja a la de “*silent trustee*”, de creación jurisprudencial en el derecho holandés cuya función es facilitar al futuro administrador obtener la mayor información posible acerca de la compañía en cuestión con carácter previo a su designación formal como administrador concursal, y ello para que pueda examinar todas las circunstancias económico-financieras y prever posibles soluciones, de modo que de resultar la alternativa más beneficiosa, pueda implementarse de forma inmediata a la declaración judicial de insolvencia por el juez competente.

⁹³⁹ Cuyas bases procedimentales introdujo de *lege ferenda*, el juzgado de lo Mercantil 3 de Barcelona mediante Auto de fecha 9 de enero de 2012, en el concurso CUBIGEL. Tras reconocer que no se trataba de una posibilidad directamente prevista en la Ley Concursal pero tampoco prohibida, procedió a designar a un órgano interino de administración concursal con el objetivo de tutelar alguna de las actuaciones del deudor bajo comunicación del artículo 5 bis y de supervisar la preparación del posible procedimiento

optimizan el valor de realización de los activos empresariales productivos al facilitar su enajenación, en breve plazo⁹⁴⁰.

El pre-pack pretende conseguir un objetivo último: maximizar el precio de venta de los bienes y derechos de las empresas insolventes que no han sido todavía declaradas en concurso de acreedores, con unidad productiva en funcionamiento. En línea con lo que la Directiva dispone, se pretende evitar la destrucción del tejido empresarial, aprovechar estructuras e instalaciones de pequeño comercio (hostelería, comercio minorista, etc.), conservar el empleo y, con todo ello, conseguir una mejor satisfacción de los acreedores respecto a la que tendría la venta de la unidad productiva dentro del procedimiento concursal.

Las ventajas de este mecanismo en orden a la reducción de los largos y costosos tiempos de realización de los bienes y derechos por el cauce expresamente previsto en la norma concursal, son claras: viene a facilitar y agilizar el proceso con las debidas garantías de publicidad, transparencia, concurrencia y audiencia a los principales interesados: acreedores privilegiados, acreedores públicos y trabajadores, al haber contado el proceso con la supervisión de un experto independiente o administrador en materia de reestructuración (futuro administrador concursal) designado por el Juzgado de lo Mercantil a petición del deudor; y además tiene la virtud de descongestionar la carga de trabajo de los juzgados mercantiles en la actual situación pandémica.

concursal. Más concretamente se estableció que dicha tutela suponía “*anticipar algunas de las tareas de administración concursal, aquellas que no supongan facultades de decisión directa ni supongan la sustitución o intervención de las actuaciones del deudor*”. Los razonamientos que llevaron a dicho Juzgado de lo Mercantil a acordar esta medida fueron, en términos generales, los siguientes: permitir que el administrador concursal interino supervise las decisiones que toma el deudor durante esta fase y que pueda adquirir conocimiento acerca del negocio, con el fin de que declarado el concurso este se trámite con la rapidez exigida para este tipo de operaciones; hacer posible una continuidad entre las decisiones pre y post concursales y, no debe tratarse de una medida justificada para todos los supuestos, sino que hay valorar caso por caso y ver las circunstancias concurrentes (“*esta situación de tutela interina es especialmente importante cuando se trata de empresas en funcionamiento que tengan actividad industrial y que den empleo directo o indirecto a un número importante de trabajadores*”). La figura se está aplicando recientemente con notable éxito, por varios juzgados de lo mercantil de toda España.

⁹⁴⁰ HERRERA GIMENEZ, D., *Reflexiones sobre los métodos de diagnóstico de la evolución patrimonial de las empresas y de predicción de la insolvencia en tiempos de crisis*, 11.12.2020, disponible en <http://tirantonline.com/tol/publicNovedades/show/8228908>.

Se trata de un sistema híbrido pre-concursal, que culminaría con la venta de la unidad productiva en el seno del concurso y facilita transmisiones de empresas o unidades productivas en situación financiera apurada, favoreciendo la continuidad de la actividad económica y el mantenimiento del empleo en la actual crisis pandémica.

Dicho mecanismo, pretende anticipar en una situación previa a la declaración de concurso de acreedores, vinculada a la comunicación del artículo 583 TRLC, la preparación de un procedimiento público, transparente y concurrencial de venta de la unidad productiva, supervisado por el experto independiente que ejercerá luego el cargo de administrador concursal una vez declarado el concurso.

Pese a que el pre-pack no se halla expresamente regulado en nuestra normativa, el 20 de enero de 2021, los jueces de lo Mercantil de Barcelona hicieron público el “*Protocolo Pre-Pack Concursal*”⁹⁴¹ por el que fijan directrices para la designación de un administrador interino (administrador de la reestructuración) en las comunicaciones previas de insolvencia en las que la empresa deudora busque la venta de la unidad productiva.

En consonancia con el mismo, el 3 de mayo de 2021, los jueces de lo Mercantil de Palma de Mallorca han publicado el “*Protocolo Pre-Pack Concursal Balears*”, que resulta similar al de las directrices catalanas, pero del que destacan dos diferencias: a) que este nuevo Protocolo no incluye remisión alguna a organismo público de la Comunidad Autónoma, equivalente a la Conselleria d’Industria catalana⁹⁴²; b) en la fase

⁹⁴¹ El acuerdo de los Jueces de lo Mercantil de Barcelona, de 20 de enero de 2021, se encuentra disponible en <https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/DEFINITIVO-DIRECTRICES-PARA-EL-PROCEDIMIENTO-DE-TRAMITACION-DEL-PRE-PACK-CONCURSAL-JJMM-BARCELONA.pdf>.

⁹⁴² Las directrices de Barcelona exigen que la solicitud del pre-pack se acompañe de un justificante de haber cumplimentado debidamente el formulario virtual publicado en el portal del Canal Empresa de la Dirección General de Industria de la Generalitat de Cataluña, a efectos de informar y de publicitar los datos esenciales de las unidades de negocio o activos en situación de crisis empresarial. Además, el solicitante catalán se compromete a informar a los potenciales postores de la existencia de un Registro de interesados donde aquellos podrán inscribirse, en el portal del Canal Empresa de la Dirección General de Industria de la Generalitat de Cataluña.

concurzal, Baleares hace expresa remisión a las reglas de la venta de la unidad productiva (art. 218 TRLC), mientras que las directrices de Barcelona se remiten al art. 530 TRLC⁹⁴³.

De acuerdo con dichas directrices, consideran que en el mismo escrito de comunicación de la apertura de negociaciones para tener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio o a un acuerdo de refinanciación (ex. art. 583 TRLC)⁹⁴⁴, el deudor podrá poner de manifiesto que está preparando operaciones sobre los activos de la empresa (toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o venta en globo de activos) indicando y relacionando específicamente las mismas, pudiendo solicitar en dicho escrito el nombramiento de un “experto independiente”, que sería el equivalente al administrador en materia de reestructuración.

Para que sea posible acudir a esta figura es necesario, según han resuelto dichos juzgados, que: a) que el deudor se halle en insolvencia actual o inminente; b) que descarte un escenario de viabilidad empresarial por no ser posible una medida de reestructuración o negociación con los acreedores; c) que el juez competente para conocer de la insolvencia designe un experto independiente; d) que en dicha fase el experto elabore un informe dando cuenta de que el procedimiento de búsqueda de oferentes es público, transparente y concurrencial, garantizando asimismo que la información proporcionada a los acreedores y la representación legal de los trabajadores es efectiva para garantizar que, una vez declarado el concurso, la venta de la unidad productiva en el escenario liquidatorio que prevé el artículo 530 TRLC⁹⁴⁵ se pueda autorizar en un plazo muy breve.

Esta figura del empaquetado o paquete previo concursal, aunque no se halla expresamente regulado en nuestro ordenamiento jurídico, es acorde al espíritu y finalidad de la Directiva 2019/1023, pendiente de transposición que, entre sus objetivos, incluye conseguir que los Estados establezcan nuevas medidas que garanticen un procedimiento de liquidación eficiente, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de

⁹⁴³ No obstante, en ambos casos se prevé el plazo de 10 días para traslado de las propuestas.

⁹⁴⁴ O en escrito posterior, dentro de los tres meses siguientes a dicha comunicación.

⁹⁴⁵ Consistente en la apertura inmediata de la fase de liquidación en el supuesto de que el deudor presente, junto con la solicitud de concurso, un plan de liquidación que contenga una propuesta escrita vinculante de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento.

insolvencia, en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación. Asimismo, la posibilidad de adoptar medidas cautelares antes de la declaración de concurso no es algo desconocido en nuestro derecho, sino que tenemos ejemplos tales como el artículo 18 TRLC⁹⁴⁶.

Por tanto, en aquellos supuestos en que una empresa se encuentra en apuros económicos, que además se enfrenta a una salida liquidatoria, siempre que la empresa puede ser económicamente viable, y cuando además pueden existir terceros dispuestos a pagar suficiente dinero por ella, puede ser interesante de cara a un futuro concurso la preparación de la venta urgente de activos configurada como unidad de negocio. De esta manera, se evita el deterioro del valor de negocio debido al transcurso de tiempo y al estigma que representa el procedimiento concursal. Además, se preserva el valor de los activos y otorga seguridad jurídica a acreedores y deudores, estableciendo una serie de reglas que permitan avanzar en el proceso de venta bajo la supervisión por de un experto independiente⁹⁴⁷. En definitiva, la venta urgente bajo el amparo del artículo 530 TRLC puede ser autorizada en un breve plazo con plena garantía del respeto a los principios de publicidad, transparencia y concurrencia.

Consideran los protocolos de Pre-Pack, que el experto independiente que sea nombrado en esta fase pre-concursal será también designado administrador concursal, una vez declarado el concurso, en su caso, salvo causa justificada. Hasta entonces, le serán aplicables las normas previstas por TRLC para el estatuto de la administración concursal, en particular, en materia de nombramiento y responsabilidad.

Los jueces que aplican los protocolos consideran que el experto independiente puede ser nombrado posteriormente administrador concursal⁹⁴⁸. Sin embargo, existe una

⁹⁴⁶ Consistente en la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares para asegurar la integridad del patrimonio del deudor

⁹⁴⁷ Así lo entienden los juzgados que aplican esta figura, entre otros: Auto del Juzgado de lo Mercantil 10 de Barcelona de 29 de julio de 2020 en el seno de la comunicación del art. 5 bis Ley concursal (1069/2020 T5B); Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Barcelona de 21 de enero de 2021); y Auto de fecha 15 de febrero de 2021, dictado por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga, en la pieza separada de medida cautelar nº 206/21 (Comunicación art. 583 TRLC nº 76/21).

⁹⁴⁸ POVEDA BERNAL, M.I., VAQUER MARTIN, F.J., GARCIA OREJUDO, R., en conferencias impartidas el 20 de mayo de 2021 en el seno del I Congreso de Derecho concursal Ciudad de Marbella.

corriente minoritaria⁹⁴⁹ que considera que concurre en el indicado experto la causa de incompatibilidad prevista en el artículo 64.2 TRLC, consistente en la prestación de servicios profesionales al deudor en el periodo inmediatamente anterior a su designación, lo que le invalida para ser nombrado administrador concursal.

Comparto la opinión mayoritaria por tres razones:

- a) porque existe una evidente similitud con el mediador concursal que posteriormente es nombrado administrador en el concurso consecutivo;
- b) porque la designación de administrador a quien haya sido designado experto independiente mejora la eficiencia de los procedimientos concursales en línea con lo dispuesto en la Directiva. Se agiliza el procedimiento en dos vertientes: por un lado, no es necesario el cese del experto (con posible rendición de cuentas de su actuación) y un nombramiento de administrador; y por otro lado el hecho de que el experto tenga conocimiento previo de la actividad del deudor, sus clientes, acreedores, proveedores financieros, etc. agiliza la tramitación del procedimiento concursal.
- c) y, en tercer lugar, porque no cabe presuponer parcialidad al experto independiente por el mero hecho de haber prestado servicios al deudor en virtud de su designación por el juzgado. Siempre podrá recusársele, en el supuesto de que no haya sido imparcial e independiente.

Hasta el momento de la declaración de concurso, el experto independiente o administrador en materia de reestructuración deberá respetar siempre, y sin injerencias, las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, pudiendo dejar constancia por escrito de los reparos que considere oportunos al procedimiento.

⁹⁴⁹ FERNANDEZ GONZALEZ, V., en conferencia impartida el 21 de mayo de 2021, en el seno del I Congreso de Derecho concursal Ciudad de Marbella.

Los jueces que aplican la figura del pre-pack, señalan como funciones que debe desempeñar el experto independiente, las mismas que la Directiva atribuye al administrador en materia de reestructuración⁹⁵⁰. Asimismo, en este proceso de preparación de operaciones de venta y búsqueda de oferentes deberán respetarse, en la medida que fueran aplicables, las reglas establecidas por el Texto Refundido de la Ley Concursal para la enajenación de unidades productivas si bien adaptadas a esta fase pre-concursal. En especial deberán tenerse en cuenta las siguientes reglas: a) transparencia y publicidad del proceso; b) libre concurrencia de los oferentes; c) audiencia a los representantes de los trabajadores; y d) preferencia del primer oferente, siempre que haya financiado el mantenimiento de la unidad productiva⁹⁵¹.

Esta fase preliminar deberá concluir con la emisión por parte del experto independiente o administrador en materia de reestructuración con informe final de la gestión realizada y, en particular, de las ventas preparadas sobre los activos de la empresa, que se pondrá en conocimiento del deudor, del Juzgado competente, de la representación de los trabajadores y de los acreedores más relevantes y, en todo caso, de los acreedores privilegiados y de los públicos⁹⁵².

⁹⁵⁰ Concretamente señalan como funciones del experto independiente o administrador en materia de reestructuración: a) asistir y supervisar al deudor en la preparación de operaciones. b) familiarizarse con el negocio. c) informar a los acreedores del proceso, participando, en su caso, en las negociaciones, especialmente, con los acreedores privilegiados y públicos, así como con los representantes de los trabajadores. d) verificar y supervisar la regularidad, publicidad y transparencia en la preparación de operaciones sobre los activos de la empresa, especialmente garantizando la igualdad de acceso a la misma información y oportunidades entre los potenciales interesados o postores y la justa competencia.

⁹⁵¹ Así se pronuncia el Auto del Juzgado de lo mercantil 10 de Barcelona, de 29 de junio de 2020.

⁹⁵² El informe final de gestión, contendrá, en particular, una valoración imparcial e independiente en relación a los siguientes extremos: a) si la publicidad del proceso ha sido suficiente para garantizar la máxima participación de todos los interesados, acompañándose, en su caso, medios de prueba. b) si la información suministrada a todos los interesados durante el proceso se ha realizado en términos que han garantizado la igualdad de oportunidades, acompañándose, en su caso, medios de prueba. c) si, a consecuencia de lo anterior, ha quedado garantizada la libre y justa competencia entre los interesados. d) si el precio final ofrecido para la adquisición preparada del activo en cuestión es razonable atendidas las circunstancias concretas. e) si algún interesado o interesados (financieros o industriales) han anticipado a cuenta del precio final cantidades que hayan sido imprescindibles y necesarias para el mantenimiento de la actividad empresarial y de su valor durante todo este proceso. f) previsión de la evolución de la valoración del activo o activos en cuestión, una vez declarado el concurso y en caso de no implementarse inmediatamente la venta preparada. g) propuesta de implementación de una o varias ofertas de compra vinculantes de toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o de activos en globo. O, en su caso, formulación de propuestas alternativas o complementarias.

En cuanto a la retribución del experto independiente los jueces que aplican la figura consideran que será con arreglo a las normas del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, en cantidad correspondiente a los honorarios de la fase de liquidación, calculada según el número de meses en que efectivamente desarrolle las funciones atribuidas, con la importante salvedad, de que en caso de que el concurso de la sociedad no llegara a ser declarado, su retribución irá a cargo del solicitante.

En un segundo momento, con la solicitud de declaración de concurso, el deudor deberá acompañar el informe final del experto independiente o administrador en materia de reestructuración, así como las propuestas finales para obtener autorización sobre la o las ofertas de compras vinculantes de toda la empresa, unidades productivas o de negocio, o de activo en globo.

Las autorizaciones judiciales de las operaciones de venta conformadas y preparadas deberán tramitarse por la vía del art. 530 TRLC. A tal efecto, en el mismo auto de declaración de concurso, deberá darse traslado por diez días de las propuestas, para que por los acreedores o cualquier interesado puedan efectuar alegaciones. El plazo se computará desde la publicación en el Registro Público concursal de la declaración de concurso, con la advertencia expresa de la existencia de una oferta vinculante y la identificación de la misma⁹⁵³.

Conviene tener presente que la posibilidad de nombrar un administrador interino puede dotar a los institutos concursales de mayor fiabilidad y transparencia, pero la fórmula del *pre-pack* no es la panacea. Puesto que puede ocurrir que el adquirente de una unidad productiva pueda encontrarse con contingencias laborales que van más allá de las que inicialmente previera asumir. En estos casos, el uso de la vía del *pre-pack* para realizar extinciones de contratos laborales puede ser contrario a la Directiva 2001/23, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al

⁹⁵³ Así lo entiende el Auto de fecha 15 de febrero de 2021, dictado por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Málaga, en la pieza separada de medida cautelar nº 206/21 (Comunicación art. 583 TRLC nº 76/21).

mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad⁹⁵⁴.

Bajo un enfoque distinto, los jueces mercantiles de Madrid, han optado por seguir empleando el trámite del actual art. 530 del TRLC (donde el deudor acompaña a la solicitud de declaración de concurso, una oferta de compra de la unidad productiva) aprobando el 22 de enero de 2021, una “*Guía de buenas prácticas procesales, en materia del art. 530 TRLC*”⁹⁵⁵, en la que apuestan por agilizar las ventas de unidades productivas, pero dentro del concurso.

Consideran los jueces que la introducción en su día del artículo 191 ter de la Ley Concursal (actual artículo 530 TRLC), cuya finalidad era establecer un proceso ágil para que la empresa pudiera salir del concurso, en un breve espacio de tiempo⁹⁵⁶, no ha dado los resultados esperados por los recelos que suscita entre los operadores que intervienen en el procedimiento concursal.

La Guía prevé que el deudor solicite la declaración del concurso al que se acompañe un plan de liquidación con una oferta en firme de venta de unidad productiva, comprometiéndose los jueces a dar tramitación preferente a la solicitud y declarar el concurso en el plazo máximo de dos días.

⁹⁵⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 22 de junio de 2017 (ECLI:EU:C:2017:489, asunto SMALLSTEPS BV). La Resolución considera que el pre-pack es “*un procedimiento que persigue la continuación de la actividad cuando tiene como objetivo salvaguardar el carácter operativo de la empresa o de sus partes viables. En cambio, un procedimiento que tiene por objeto la liquidación de los bienes pretende maximizar la satisfacción colectiva de los intereses de los acreedores. Aunque no cabe excluir la posibilidad de que exista un cierto solapamiento entre estos dos objetivos en un procedimiento dado, la finalidad principal de un procedimiento que tiene por objeto la prosecución de la actividad de la empresa sigue siendo, en cualquier caso, la salvaguardia de la empresa de que se trate*”. (Punto 48 de la Sentencia).

⁹⁵⁵ La “*Guía de buenas prácticas procesales, en materia del art. 530 TRLC*” ha sido elaborada por los jueces de lo Mercantil, en colaboración con el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, el Colegio de Economistas, el Colegio de Técnicos Mercantiles y el Colegio de Registradores y puede consultarse en página web del Colegio de Abogados de Madrid. Aunque de aplicación voluntaria, pretende poner a disposición de los profesionales, las herramientas necesarias para fijar correctamente el perímetro de la unidad productiva, calcular el valor que tiene la empresa en el mercado, qué información se debe facilitar, a los posibles interesados en la compra, fomentar la publicidad y la libre competencia, etc.

⁹⁵⁶ En particular, si el deudor presentaba, con su solicitud de concurso, una oferta en firme de compra de la unidad productiva, el juez podía autorizar la operación, previo traslado, por 10 días, a las partes.

En el auto de declaración de concurso, designará administrador concursal, y se abrirá una pieza separada para la tramitación de la venta de la unidad productiva, respecto de la cual se concederá, a la administración concursal, a los legales representantes de los trabajadores y a los acreedores, de un plazo de 10 días para alegaciones (artículo 530.2 del TRLC).

En definitiva, la guía pretende actuar como una hoja de ruta que facilite el éxito de los procesos de venta de unidades productivas de empresas en concurso. Y en ese sentido, sin duda, se trata de una medida loable y de agradecer en los tiempos que corren, ya que influirá en una tramitación más rápida y transparente del proceso de venta, aumentando con ello las posibilidades de que éste pueda culminarse de forma satisfactoria.

Considero que la guía se alinea con los postulados de la Directiva en varios sentidos: a) por un lado hace partícipes al deudor, acreedores y representantes de los trabajadores de la tramitación de la venta de la unidad productiva, dándoles a conocer quien ha sido designado administrador concursal, y la oportunidad de poder impugnar el nombramiento; b) se da celeridad al procedimiento, puesto que establece plazos muy cortos⁹⁵⁷; c) el procedimiento resulta claro y transparente⁹⁵⁸.

En lo que respecta a la administración concursal, nada nuevo se aporta, ya que desde el primer momento se designa administrador concursal. En el seno de un proceso concursal, si bien, se abre una pieza separada que en nada afecta a su Estatuto.

A la vista de cuanto se ha comentado en este apartado, considero que el experto independiente⁹⁵⁹ de la figura del pre-pack tiene muchas similitudes con el administrador en materia de reestructuración previsto por la Directiva, ya que la labor del experto

⁹⁵⁷ Dos días para declarar el concurso, un máximo de 5 días para que el administrador concursal acepte el cargo; traslado a las partes para que se pronuncien sobre la oferta en el plazo de diez días; cinco días para que puedan pronunciarse sobre las observaciones efectuadas por el administrador concursal.

⁹⁵⁸ La guía da audiencia por plazo de cinco días al deudor, al oferente y demás partes personadas para que formulen alegaciones sobre las reservas, salvedades y propuestas de modificación solicitadas por el administrador concursal.

⁹⁵⁹ A quien también pueda denominársele administrador en materia de reestructuración, monitor, relator o reestructurador.

independiente se desenvuelve en un momento anterior a la insolvencia, tratando de evitarla, por lo que su actuación es extraconcursal, aunque el proceso derive en un concurso. Por el contrario, el enfoque de los jueces de lo mercantil de Madrid, no puede considerarse alineado con las previsiones de la Directiva en lo que respecta al administrador en materia de reestructuración, si bien, si que contiene loables previsiones de agilización del procedimiento, lo que redundará en la mejora de su eficiencia.

5. Administrador en materia de exoneración

Uno de los ámbitos de aplicación de la Directiva lo constituye el establecimiento de normas sobre los procedimientos para la plena exoneración de las deudas⁹⁶⁰ contraídas por empresarios insolventes, a cuyo fin dedica el Título II.

Quizás porque el sistema de exoneración de deudas de la Directiva es caótico⁹⁶¹ los Estados miembros tienen libertad absoluta para establecer el sistema de exoneración que consideren conveniente, resultando acorde con los presupuestos de la Directiva un sistema de exoneración tras el cumplimiento de un plan de pagos haya o no liquidación de patrimonio; y un sistema de exoneración automática tras la liquidación del patrimonio⁹⁶².

Ello contrasta con las previsiones del art. 486 del Texto refundido que establece como ámbito de aplicación del beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, la

⁹⁶⁰ Entendiendo englobado en dicho concepto la exclusión de la ejecución frente a los empresarios del pago de las deudas pendientes exonerables o la cancelación de las deudas pendientes exonerables como tales, en el marco de un procedimiento que podría incluir la ejecución de activos o un plan de pagos, o ambos (art. 2.1, 10 de la Directiva).

⁹⁶¹ No queda debidamente calificado en la Norma, si la exoneración debe o puede obtenerse en uno de los “marcos” de reestructuración preconcursal por insolvencia inminente, o en los procesos concursales ordinarios. Y tampoco resulta clarificador en lo concerniente a las deudas exonerables, ya que si la Directiva se refiere a las deudas previas al procedimiento, el sistema es superfluo, porque el plan aprobado ya produce eficacia novatoria; tampoco puede referirse a las deudas creadas como consecuencia de la aprobación del plan de reestructuración, porque el plan puede haber previsto un plazo más largo de ejecución que los tres años; y tampoco se encuentra el sentido de que una deuda creada por el plan de reestructuración tenga que desaparecer por el transcurso de tres años, con independencia de su incumplimiento o de que el deudor haya entrado en fase de concurso.

⁹⁶² Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social, sobre *nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial*, Estrasburgo, 12.12.2012 COM (2012) 742 final, p. 5.

conclusión del concurso por la finalización de la liquidación de la masa activa, o la declaración de la insuficiencia de dicha masa para pagar los créditos contra la masa, por lo que únicamente podrá solicitarse si ha existido una previa liquidación del patrimonio⁹⁶³.

5.1 Presupuesto subjetivo de la exoneración

El *destinatario* de la exoneración es el empresario insolvente (art. 1.1. b), definiéndose como tal “toda persona física que ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional” (art. 2.1.9)⁹⁶⁴, descartando de esta forma su aplicación a los consumidores⁹⁶⁵.

Aunque no se prevea la aplicación de la norma a los consumidores, el art. 24 de la Directiva prevé que en el caso de que no puedan separarse las deudas empresariales de las domésticas, puedan tratarse en un único procedimiento a efectos de la plena exoneración; y en el caso de que tal separación sea posible, puedan acumularse ambos procedimientos para tramitarlos de forma coordinada a efectos de la exoneración.

⁹⁶³ No siendo necesario esperar a que se concluyan todos los procesos de ejecución para que se pueda entender que el deudor ha pagado el umbral del pasivo mínimo exigido por la Ley. CUENA CASAS. M.: La exoneración del pasivo insatisfecho en la Directiva (UE) 2019/1023, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 32, Madrid, 2020, p. 56, con cita de la Sentencia del juzgado de lo Mercantil número 3 de Valencia, de fecha 27 de junio de 2019.

⁹⁶⁴ En relación con el concepto de empresario, señala el Considerando 73 que “*El concepto «de empresario» en el sentido de la presente Directiva no debe ser relevante para la posición de los directivos o administradores sociales de una empresa, que deben ser tratados de forma acorde con la normativa nacional*”. En Derecho español, el Estatuto del Trabajo Autónomo, aprobado por Ley 20/2007, de 11 de julio, dispone en su artículo 1.2.c) que se encuentran comprendidos dentro del ámbito subjetivo de dicha norma “*Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio*”

⁹⁶⁵ El Comité Económico y Social Europeo en sus Dictámenes sobre la propuesta de directiva, y sobre nuevo enfoque europeo frente a la insolvencia y el fracaso empresarial se muestra a favor de la extensión de la armonización europea a la insolvencia del consumidor manifestándose en estos términos: “*por lo que se refiere a la aplicación opcional del sistema propuesto para el procedimiento de condonación de las deudas de los consumidores el Comité se opone firmemente a esta posibilidad, que es contraria a las solicitudes que formuló sobre la absoluta necesidad de disponer de un régimen específico para el endeudamiento excesivo de los consumidores*” (2017/C 209/04, p. 23)

En Derecho español puede solicitar el beneficio de exoneración, el deudor persona natural que sea de *buena fe* (art. 487 TRLC)⁹⁶⁶, concepto alejado del significado del mismo en otras ramas del derecho, puesto que, en sede concursal, la buena fe no se presume y obliga al deudor a demostrar determinadas circunstancias respecto al origen de su insolvencia⁹⁶⁷.

SORIANO GUZMAN⁹⁶⁸ considera que la buena fe del deudor persona natural no se funda en patrones éticos, de conducta, o en el mayor o menor conocimiento que aquél tenga sobre ciertas cuestiones con relevancia concursal, ni se basa en principios de honradez, lealtad, justicia o acatamiento de las consecuencias de los actos propios, sino que, a los efectos que nos ocupan, depende exclusivamente de que el deudor reúna los requisitos del art. 487.2 TRLC.

5.2 Presupuesto objetivo

La Directiva (UE) 1023/2019 considera que los empresarios no disfrutarían efectivamente de una segunda oportunidad si tuviesen que pasar por procedimientos distintos, con diferentes condiciones de acceso y plazos de exoneración, para obtener la exoneración de sus deudas empresariales y de sus otras deudas fuera del marco de su actividad empresarial. Por estas razones, dispone que los deudores empresariales insolventes han de disponer de, al menos, un procedimiento que pueda desembocar en la *plena exoneración* de deudas (art. 20.1 de la Directiva).

⁹⁶⁶ El precepto establece que se considera que el deudor es de buena fe cuando reúna los dos siguientes requisitos: a) que el concurso no haya sido declarado culpable; b) cuando no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los diez años anteriores a la declaración de concurso.

⁹⁶⁷ FERNANDEZ SEIJO, J.M., *La reestructuración de las deudas en la Ley de segunda oportunidad*, ed. Bosch, Barcelona 2015, p. 208. En el mismo sentido BENAVIDES VELASCO, P., Comentario al artículo 487, en VV.AA. *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley concursal*, PEINADO GARCIA/SANJUAN MUÑOZ (Dir.), ed. Sepin, tomo III, p. 691.

⁹⁶⁸ SORIANO GUZMAN, F.J., “El deudor de buena fe”, *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal*, IX Jornadas Concursales, Vitoria, 2020, Thomson Reuters Aranzadi, p. 681.

No se trata de que los empresarios insolventes tengan acceso a un sistema que permita quitas pre-concursales o concursales, ni tampoco satisface la aspiración de la Directiva una norma como la prevista en el art. 485 TRLC que se limita a prever la cancelación registral de la sociedad deudora liquidada o carente de masa⁹⁶⁹, sino que establece que el procedimiento que se establezca contemple la total exoneración de deudas.

El Considerando 81 señala que cuando medien razones justificadas, se podrá limitar la posibilidad de exoneración para determinadas categorías de deuda. Y el art. 23.4 de la Directiva señala una serie de deudas en las que encuentra justificada su no exoneración, tales como: a) deudas garantizadas⁹⁷⁰; b) deudas derivadas de sanciones penales o relacionadas con estas⁹⁷¹; c) deudas derivadas de responsabilidad extracontractual⁹⁷²; d) deudas relativas a obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad⁹⁷³; e) deudas contraídas tras la solicitud o la apertura del procedimiento conducente a la exoneración de deudas; y f) deudas derivadas de la obligación de pagar los costes de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas.

⁹⁶⁹ CARRASCO PERERA, A., *La Directiva (UE) 2019/1023 de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (II)*, 19 de julio de 2019, p. 6. Disponible en <https://www.gap.com/wp-content/uploads/2019/07/La-Directiva-UE-20191023-de-procedimientos-II-.pdf>.

⁹⁷⁰ Este es el sistema elegido por el legislador español en el art. 497.1.2º TRLC al disponer que: “*El beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho concedido a los deudores que hubiesen aceptado someterse al plan de pagos se extenderá a la parte que, conforme a este, vaya a quedar insatisfecha, de los siguientes créditos: 2.º Respecto a los créditos con privilegio especial, el importe de los mismos que no haya podido satisfacerse con la ejecución de la garantía, salvo en la parte que pudiera gozar de privilegio general*”. Lo que resulta totalmente congruente con el Considerando 81 de la Directiva cuando indica que “*Los Estados miembros deben poder excluir las deudas garantizadas de la posibilidad de exoneración solo hasta la cuantía del valor de la garantía que determine la normativa nacional, mientras que el resto de la deuda debe considerarse deuda no garantizada.*”

⁹⁷¹ Que se excluyen por considerar que el deudor implicado en dichas conductas, no goza de la buena fe necesaria para exonerarlo.

⁹⁷² Para el caso que el deudor actúe con dolo o culpa grave, por cuanto es excluyente de la buena fe requerida para la exoneración.

⁹⁷³ Las deudas por alimentos, se encuentran excepcionadas de la exoneración en el art. 488 TRLC, si bien CUENA CASAS, en “*La exoneración del pasivo....*”, ob. cit., p. 58, considera que cuando se trasponga la Directiva no deberían exonerarse este tipo de deudas, ni tampoco las derivadas de sanciones penales, o de responsabilidad extracontractual.

Tal excepción a la exoneración ha sido objeto de diferentes críticas y opiniones. El BANCO MUNDIAL⁹⁷⁴ considera que se debe encontrar una excepción a la indisponibilidad de los créditos de derecho público en el caso de segunda oportunidad, puesto que de lo contrario se compromete la propia finalidad de la institución. Opinión contraria sostiene ROJO FERNANDEZ-RIO⁹⁷⁵ para quien el crédito público no debe ser objeto de exoneración, si bien, no justifica tal razonamiento.

En el Derecho derogado solo se podía lograr el perdón de las deudas tras haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, que diera lugar a un concurso consecutivo y, finalizado éste, intentar lograr el perdón de las deudas. YANGUELA CRIADO⁹⁷⁶ considera que la clave del poco éxito logrado se encuentra en la incorrecta elección del sistema (híbrido entre los elegidos por los países de nuestro entorno), habiendo sido preferible la previsión de una exoneración de modo *inmediato* y sin plan de pagos para aquellos deudores insolventes de buena fe⁹⁷⁷, o el modo de rehabilitación *aplazado* que se utiliza en Alemania y Portugal en el que se trata de exonerar de las deudas tras el cumplimiento de un periodo de buena conducta tras infructuosos intentos de acuerdos⁹⁷⁸.

El Texto refundido ha modificado el sistema, de tal modo que se establecen dos supuestos de exoneración: a) puede acudir a un acuerdo extrajudicial de pagos que dé lugar a acudir a un concurso consecutivo; b) o acudir directamente a un concurso ordinario o abreviado, y una vez finalizado el mismo con liquidación de los bienes, o con

⁹⁷⁴ BANCO MUNDIAL, *Draft Report on the Treatment of the Insolvency of Natural Persons*, p. 118, en <http://siteresources.worldbank.org/INTGILD/Resources/WBPersonalInsolvencyReportOct2012DRAFT.pdf>.

⁹⁷⁵ ROJO FERNANDEZ RIO, A., “La propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho concursal*, nº 42, 2017.

⁹⁷⁶ YANGUELA CRIADO, R., “El nuevo perfil del concurso de la persona física, el camino procedimental consecutivo”, *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal*, IX Jornadas Concursales, Vitoria, 2020, Thomson Reuters Aranzadi, p. 626. Considera que la adopción de un sistema mezcal de los existentes, sin coherencia interna, mediante un procedimiento largo, tedioso y farragoso ha conducido a su escasa utilización.

⁹⁷⁷ Que es el modelo anglosajón, que trata de lograr la rápida rehabilitación del deudor para que inicie una actividad económica productiva entendiendo el sobreendeudamiento como un fenómeno meramente estructural.

⁹⁷⁸ Concediéndose la exoneración de modo provisional y, tras un periodo de buena conducta, la definitiva sobre el pasivo que no se hubiese podido pagar en el periodo de tiempo de duración de la provisional.

declaración de insuficiencia para satisfacer los gastos de concurso, solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho.

La diferencia estriba en los requisitos necesarios para obtener la exoneración, y en cuanto al régimen general de su obtención: a) en el caso de que hubiese celebrado, o intentado celebrar, un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores, deberá satisfacer en su integridad los créditos contra la masa, y los concursales privilegiados; b) y en el caso de no reunir los requisitos necesarios para haber intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, se exige que deberá tener satisfechos, además, el 25% de los créditos concursales ordinarios. (art. 488 TRLC)⁹⁷⁹.

5.3 Régimen general de la exoneración del pasivo insatisfecho

La Directiva a este respecto es muy clara: “los empresarios deberán tener acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la *plena exoneración de deudas* de conformidad con la presente Directiva” (art. 20), lo que contrasta con las previsiones de la legislación española que en el art. 488 TRLC exceptúa de la exoneración a los créditos de derecho público bien sea calificado como contra la masa privilegiado, ordinario o subordinado⁹⁸⁰, y en el artículo 491 TRLC el crédito por alimentos.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2019⁹⁸¹ buscó una solución armónica a los problemas que planteaba el régimen del crédito público en el mecanismo de segunda oportunidad, dictaminando que la exoneración alcanzaba a todo el crédito público que no tuviera el carácter de privilegiado, tanto por la vía inmediata como por la aplazada. Si bien no fija verdadera jurisprudencia al tratarse de una única resolución, ni puede considerarse como doctrina consolidada, sí que sirve de base para fijar su criterio.

⁹⁷⁹ Con la obligatoriedad de intentar celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, el legislador intenta que los deudores puedan solucionar su situación de insolvencia en un estadio pre-concursal, ahorrando con ello los costes y el tiempo que un proceso concursal conlleva. Así se pronuncia ZABALETA DIAZ, M.: “El concurso del empresario individual” en VV.AA. (dir. HIERRO ANIBARRO, S., *un nuevo estatuto para el empresario individual*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 674.

⁹⁸⁰ La regla general de la indisponibilidad de los créditos de derecho público se encuentra recogido en los artículos 7 y siguientes de la Ley General Presupuestaria; 18 de la Ley General Tributaria; y 27.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

⁹⁸¹ ECLI:ES:TS:2019:381.

Con base a la indicada Sentencia, la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas por los juzgados competentes en la materia⁹⁸², consideran que la previsión normativa del Texto refundido excede de los parámetros de la delegación, por lo que declaran inaplicable el art. 491 TRLC, extendiendo la exoneración a todo el crédito público que no tenga el carácter de privilegiado, tanto por la vía inmediata, como en la aplazada.

En relación con el crédito por alimentos, AHEDO PEÑA⁹⁸³ considera que la interpretación de la indicada Sentencia del Tribunal Supremo también resulta aplicable al crédito por alimentos, lo que no supone desprotección alguna, pues el juez puede hacer uso de la facultad que le concede el artículo 124 TRLC y determinar que parte del crédito debe satisfacerse con cargo a la masa activa.

La Directiva en su artículo 20, considera que los procedimientos que incluyan un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos deben prever la opción de una exoneración de deudas⁹⁸⁴. Si en el Derecho nacional se dispone de más de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas, se deberá garantizar que al menos uno de dichos procedimientos, ofrezca al empresario insolvente la oportunidad de lograr la plena exoneración de deuda.

⁹⁸² Por todos, Auto nº 171/2020, de 25 de noviembre de 2020, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Huesca.

⁹⁸³ AHEDO PEÑA, O., “Alcance objetivo del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal*, IX Jornadas Concursales, Vitoria, 2020, Thomson Reuters Aranzadi, p. 662.

⁹⁸⁴ El Considerando 75 de la Directiva establece que: “Los procedimientos que incluyan un plan de pagos, una ejecución de activos o una combinación de ambos deben prever la opción de una exoneración de deudas. Al aplicar tales normas, los Estados miembros deben poder elegir libremente entre esas opciones. Si en el Derecho nacional se dispone de más de un procedimiento conducente a la exoneración de deudas, los Estados miembros deben garantizar que al menos uno de dichos procedimientos ofrezca al empresario insolvente la oportunidad de lograr la plena exoneración de deudas dentro de un plazo que no sea superior a tres años. En el caso de los procedimientos que combinan una ejecución de activos y un plan de pagos, el plazo de exoneración debe empezar a más tardar a partir de la fecha en que el plan de pagos sea confirmado por una autoridad judicial o empiece a ser aplicado, por ejemplo, a partir del primer plazo con arreglo al plan, pero también podría empezar antes, por ejemplo, en el momento de adoptarse la decisión de abrir el procedimiento”.

La Norma española ya recoge tal previsión, regulando las singularidades que presenta el régimen especial de exoneración del pasivo insatisfecho por aprobación de un plan de pagos.

El artículo 493 TRLC establece un presupuesto objetivo especial que permite a los deudores de buena fe acogerse a una modalidad de exoneración aún sin cumplir las exigencias del presupuesto objetivo mencionadas en el art. 488 TRLC, solicitando la exoneración del pasivo insatisfecho con sujeción a un plan de pagos de la deuda que no quedaría exonerada.

Para que pueda tener éxito la solicitud, los deudores no deben haber rechazado una oferta de empleo adecuada a su capacidad, dentro de los cuatro años anteriores a la declaración de concurso⁹⁸⁵; ni haber incumplido los deberes de colaboración y de información respecto del juez del concurso y de la administración concursal⁹⁸⁶; y no haber obtenido el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho dentro de los diez últimos años⁹⁸⁷.

5.4 El acuerdo extrajudicial de pagos como medida de reestructuración preventiva

El acuerdo extrajudicial de pagos es una institución preconcursal introducida originalmente en nuestro derecho por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a

⁹⁸⁵ Se entiende este requisito como una manifestación de la buena voluntad del deudor al no haber rechazado ofertas de empleo, lo que implica que no se encuentra inmerso en la economía sumergida. FERNANDEZ SEIJO, J., “*La reestructuración de las deudas en la Ley de segunda oportunidad*”, ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 276.

⁹⁸⁶ La previsión se encuentra directamente relacionada con la regulación de las presunciones de culpabilidad, reguladas en el art. 444 TRLC, según el cual el concurso se presume culpable cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de colaboración con el juez del concurso y la administración concursal, no les hubieran facilitado la información necesaria o conveniente para el interés del concurso, o no hubiesen asistido, por sí o por medio de apoderado, a la junta de acreedores, siempre que su participación hubiera sido determinante para la adopción del convenio.

⁹⁸⁷ Adolece el precepto de una indeterminación en cuanto el *dies a quo* para establecer el computo del plazo, entendiéndose por la doctrina que la interpretación correcta es la de entender que el deudor no debe haber obtenido el beneficio dentro del plazo de 10 años anteriores al momento de la solicitud.

los emprendedores y su internacionalización⁹⁸⁸, y que el Texto refundido regula en el Título III del Libro II (arts. 631 a 694). Se trata de un procedimiento de renegociación pensado para deudores insolventes con pasivo estimado inicial no superior a los cinco millones de euros⁹⁸⁹, siendo un mecanismo distinto del concurso que se sustancia fuera de la sede judicial mercantil si bien, por su conexión con éste, se regula en la Norma concursal. En la práctica se configura más como medio para retrasar el inicio del concurso que como mecanismo alternativo al mismo⁹⁹⁰.

PASTOR SEMPERE⁹⁹¹ *define* el acuerdo extrajudicial de pagos, como un concurso abreviado desjudicializado y anticipado, intervenido por la figura del mediador, que hará las veces de juez y administrador, en el que la administración pública queda blindada y recupera el privilegio de sus créditos. Para la comprensión de su verdadera *naturaleza jurídica*, habrá que estar a los efectos que el legislador anuda a estos acuerdos⁹⁹².

El *ámbito subjetivo* lo constituyen los deudores, personas naturales o jurídicas (art. 631 TRLC)⁹⁹³, en toda su extensión, por lo que resulta irrelevante que desempeñen

⁹⁸⁸ Norma que entró en vigor el 29 de septiembre de 2013, y que posteriormente fue objeto de reforma por el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, de entrada en vigor el 1 de marzo de 2015. Esta última norma se aplicó a aquellos procedimientos extrajudiciales no concluidos a la fecha de entrada en vigor. El Real Decreto-Ley 1/2015 fue convalidado posteriormente por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

⁹⁸⁹ Así lo indica el artículo 632 TRLC para la persona física. Para la jurídica, el art. 633 TRLC indica que será necesario que la estimación inicial del valor del activo o del importe del pasivo no sea superior a cinco millones de euros, o que tenga menos de cincuenta acreedores, siempre que, en todo caso, acredite disponer de activos suficientes para pagar los gastos propios de la tramitación del expediente.

⁹⁹⁰ Conclusiones de la Estadística Concursal 2019, que aparece en el Anuario del año 2019 del Colegio de Registradores”, 2021, p. 105. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Civil-y-laboral/Anuario-de-la-Estadistica-Concursal/>.

⁹⁹¹ PASTOR SEMPERE, C., “Acuerdos extrajudiciales: naturaleza jurídica, contenido y efectos” en VV.AA. (Dir. BOLDO RODA, C) *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 435.

⁹⁹² Los magistrados de lo Mercantil de Madrid, en reunión celebrada el 11 de octubre de 2013 “Sobre criterios de la reforma de la Ley de apoyo a los emprendedores”, trataron de diversos temas concursales para aplicar la Ley 14/2013 de la forma más homogénea posible. Disponible en internet, en <https://www.cemad.es/wp-content/uploads/2016/11/Conclusiones-de-la-reunion-de-Magistrados-de-lo-Mercantil-de-Madrid-sobre-criterios-de-aplicacion-de-la-reforma-de-la-Ley-de-Apoyo-a-Emprendedores-sobre-cuestiones-concursales.pdf>.

⁹⁹³ Desde su introducción en 2013 hasta la reforma de 2015, el ámbito subjetivo se limitó a empresarios personas físicas (incluidos los trabajadores autónomos) y a personas jurídicas. La reforma de 2015 añadió a personas naturales no empresarios, en cuyo caso se aplica un procedimiento simplificado con solicitud al

actividades empresariales o profesionales. Y el *presupuesto objetivo*, lo constituye la insolvencia actual o inminente⁹⁹⁴.

El procedimiento, que solamente puede iniciarse por solicitud del deudor (y no por los acreedores), se estructura sobre la base de solicitar el nombramiento de un mediador concursal como profesional interviniente para tratar de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos⁹⁹⁵.

5.4.1 Mediador concursal

La tramitación del expediente se inicia con la *solicitud de nombramiento* de mediador concursal por parte del deudor⁹⁹⁶ al que debe acompañar el inventario de bienes y derechos, la lista de acreedores y, en su caso, documentos contables⁹⁹⁷.

El deudor debe presentar su solicitud ante un notario⁹⁹⁸ o registrador mercantil⁹⁹⁹ de su domicilio. Si el deudor persona natural fuera empresario¹⁰⁰⁰ o si tuviera la condición de persona jurídica, la solicitud también podrá presentarse ante la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España o ante cualquier Cámara Oficial

notario, quien puede actuar como impulsor del acuerdo con funciones de mediador, a menos que nombre a un mediador por solicitud del deudor o porque lo estime conveniente.

⁹⁹⁴ Se supera así la discordancia derivada del hecho de que el texto en la primitiva redacción y tras la reforma del 2015 contemplaba de forma diferenciada los presupuestos objetivos de apertura, distintos según el instante fuese persona física o jurídica. GOMEZ AMIGO, L., *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos*, ed. Reus, Madrid, p. 39; SANCHEZ CALERO, L., “el acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de derecho concursal*, n° 32 mayo-agosto 2014, p. 19; y PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos, y Ley de emprendedores”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, n° 20, 2014, pp. 43 y ss.

⁹⁹⁵ CAMPUZANO LAGUILLO, “*El modelo de acceso* ”, Op. cit., p. 128.

⁹⁹⁶ La solicitud se realiza mediante formulario normalizado por Orden del Ministerio de justicia, que en la actualidad es la Orden JUS/2831/2015, de 17 de diciembre.

⁹⁹⁷ Si el deudor estuviera legalmente obligado a la llevanza de contabilidad, acompañará las cuentas anuales correspondientes a los tres últimos ejercicios; y si fuera empresario, acompañará, además, un balance actualizado (art. 637 TRLC).

⁹⁹⁸ En los casos en que el deudor persona natural no fuera empresario, o el deudor persona jurídica no fuera entidad inscribible en el Registro mercantil.

⁹⁹⁹ En los casos en que el deudor persona natural fuera empresario o el deudor persona jurídica fuera entidad inscribible en el Registro mercantil, aunque no estén inscritos.

¹⁰⁰⁰ A estos efectos son considerados empresarios no solamente las personas naturales que tengan tal condición, sea conforme a la legislación mercantil, sea conforme a la legislación de la seguridad social, sino también aquellas que ejerzan actividades profesionales, así como los trabajadores autónomos.

de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que, de conformidad con la normativa por la que se rija, haya asumido funciones de mediación.

El *nombramiento* del mediador corresponde al receptor de la solicitud (art. 641 TRLC), pero presenta varias particularidades, a saber: a) cuando el deudor sea una persona natural no empresario, salvo oposición del deudor, el notario receptor puede asumir la condición de mediador, (art. 642.2 TRLC); b) cuando se presente la solicitud ante cualquier Cámara Oficial, será la propia Cámara la que asumirá las funciones de mediación¹⁰⁰¹ (art. 644.1 TRLC); c) y cuando el deudor fuese una entidad aseguradora o reaseguradora, deberá ser nombrado mediador el Consorcio de Compensación de Seguros¹⁰⁰² (art. 644.2 TRLC).

El nombramiento deberá recaer en la persona que, de forma secuencial, le corresponda. La escasa regulación sobre la comunicación que el registrador mercantil o notario hace del nombramiento al mediador concursal para que este acepte el cargo ha dado lugar a una práctica dispar no exenta de dudas, que en más ocasiones de las que sería deseable ha supuesto que se hayan frustrado desde el principio los procedimientos para alcanzar el acuerdo extrajudicial de pagos¹⁰⁰³.

¹⁰⁰¹ El sistema de mediación desarrollado por las Cámaras deberá ser transparente y se deberá garantizar su imparcialidad, transparencia y la inexistencia de conflictos de intereses (Así lo establece la Disposición Adicional Primera de la Ley de Segunda Oportunidad y el artículo 5.7 de la Ley 4/2014, de 1 de abril Básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicios y Navegación). Al respecto algunas Cámaras restringen la incorporación y el nombramiento de mediadores al requisito de haber realizado la formación específica de mediación en la propia cámara, lo que acota y cierra la posibilidad de prestación de servicios por otros mediadores de forma injustificada y anti concurrencial. De hecho, fue la Ley de mediación, en su Disposición Final Segunda la que modificó la se derogó la Ley 3/1993 de 22 de marzo, Básica de las Cámaras para *“impulsar y desarrollar la mediación, así como desempeñar funciones de arbitraje Mercantil nacional e internacional de conformidad con lo establecido en la legislación vigente.”*. Para garantizar la transparencia, imparcialidad y la inexistencia de los conflictos de intereses, podrá constituirse una subcomisión de sobreendeudamiento u órgano equivalente, que deberá estar compuesto por, al menos, una persona que reúna los requisitos para ser nombrada mediadora concursal (art. 641 TRLC).

¹⁰⁰² El artículo 14 del Real Decreto Legislativo 7/2004 de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros, regula la liquidación de entidades aseguradoras otorgando al consorcio su gestión. Además, su apartado segundo expresa que ejercerá las funciones del mediador concursal cuando así lo solicite una entidad aseguradora conforme a lo dispuesto en el artículo 5 bis de la Ley concursal derogada.

¹⁰⁰³ Para poner fin a esas incertidumbres y dar lugar a una práctica regular en la que los mediadores concursales reciban la información que necesitan para saber si concurre alguna causa de recusación que les impida la aceptación del cargo por verse afectadas en el caso concreto las condiciones de independencia e imparcialidad exigidas por la Ley, la Dirección General de los Registros y del Notariado dictó una instrucción en fecha 5 de febrero de 2018 relativa a la designación de mediador concursal y a la

Teniendo en cuenta que la retribución de los mediadores concursales no es todo lo óptima que debiera ser, sucede con frecuencia que los designados por turno secuencial no acepten el cargo, lo que planteó la duda de cual debía de ser la forma de proceder cuando sucesivamente los designados no aceptan la designación. La Dirección General de los Registros y del Notariado mediante Resolución de 14 de mayo de 2019 a instancia de la Junta Directiva del Ilustre Colegio Notarial de Madrid¹⁰⁰⁴, considera que una vez hayan transcurrido dos meses desde que se presenta la solicitud de inicio de un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos sin aceptación de mediador concursal, el Notario podrá archivar el expediente, lo que tiene la consecuencia de que el deudor pueda solicitar el concurso y que se entienda que ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos por no serle imputable al mismo la falta de aceptación de los mediadores concursales.

Los autores han debatido sobre la *naturaleza jurídica* del mediador concursal. Un sector doctrinal defiende que la figura del mediador en los supuestos de insolvencia, se corresponde con una verdadera naturaleza de mediación, entendida como la intervención de un tercero imparcial y neutral que ayuda a las partes en conflicto a solucionar su problema¹⁰⁰⁵. Por el contrario, el sector mayoritario se inclina más hacia el carácter concursal y judicial de la figura, subrayando las contradicciones existentes con respecto a los principios de la mediación¹⁰⁰⁶.

comunicación de datos del deudor para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos y su publicación inicial en el portal concursal (publicada en el “BOE” nº. 40, de 14 de febrero de 2018, páginas 17957 a 17960).

¹⁰⁰⁴ Disponible en <https://www.insolvenia.es/derecho-concursal/resolucion-de-la-dgrn-de-14-de-mayo-de-2019/>

¹⁰⁰⁵ SANJUAN MUÑOZ, E., “La naturaleza Jurídica del mediador concursal: Sistema alternativo de gestión en los supuestos de la insolvencia”, *Diario La Ley*, nº 8230, 16 de enero de 2014, p. 2; RODRIGUEZ JARES X., *Educación y conflicto: guía de educación para la convivencia*, ed. Popular, Madrid, 2001, p. 185. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de derecho concursal*, nº 32, mayo-agosto 2014, p. 19, entiende que la intervención del mediador excede la simple intermediación entre el deudor y sus acreedores para intentar alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, convirtiendo a aquel en un acompañante y testigo cualificado de la evolución entre el deudor y sus acreedores

¹⁰⁰⁶ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley concursal”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 135, 2014, pp. 233 a 259. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La mediación Mercantil: especial referencia a la mediación en el marco concursal”, *Diario de la Ley*, nº 8225, 2014. PRAT ALBENTOSA, L., “La mediación (pre)-concursal”, *Diario La Ley*, nº 8264, Sección Tribuna, 5 de marzo de 2014, p. 1.

Se establece como *requisito esencial* para que una persona física o jurídica pueda ser designado mediador, tener la condición de mediador en asuntos civiles y mercantiles, y estar inscrito en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia.

A este respecto, la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, indica quienes pueden ser mediadores y las condiciones necesarias para serlo. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior, sin que sea necesario tener conocimientos específicos jurídicos o económicos.

Pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión; y las personas jurídicas que se dediquen a la mediación, sean sociedades profesionales o cualquier otra forma prevista por el ordenamiento jurídico, que deberán designar para su ejercicio a una persona natural que reúna los requisitos previstos en la Norma.

El art. 11 de la Ley de mediación dispone que el mediador deberá contar con *formación* específica para ejercer la mediación, que se adquirirá mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas.

A los mediadores se les impone la obligación de formación continua que deben acreditar mediante la realización de cursos impartidos por centros de formación, lo que le diferencia del arbitraje como figura de solución alternativa de conflictos¹⁰⁰⁷.

Los requisitos formativos vienen establecidos en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de mediación en

¹⁰⁰⁷ El artículo 13 de la Ley 60/2003, de Arbitraje señala que “*pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión*”, por lo que no les es exigido ningún tipo de formación inicial, ni específica ni continuada, tan solo se requiere que el árbitro tenga la condición de jurista en los casos en los que el arbitraje no sea de equidad.

asuntos civiles y mercantiles, señalando que la formación del mediador se podrá adquirir asistiendo a uno o varios cursos que le proporcionen el dominio de las técnicas de la mediación¹⁰⁰⁸.

En este sentido, el Real Decreto 980/2013 establece una serie de mínimos, inclinándose por una concepción abierta de la formación, de conformidad con los principios de libre prestación de servicios y libre competencia que rigen la actuación de los mediadores. Por ello, no se establecen requisitos estrictos o cerrados respecto a la configuración de la formación.

En cuanto a la duración de la formación, el art. 5 se establece una formación mínima de 100 horas de docencia efectiva¹⁰⁰⁹. Y en cuanto cual deba ser su contenido, el art. 4 dispone que la formación específica de la mediación deberá proporcionar a los mediadores conocimientos y habilidades suficientes para el ejercicio profesional de mediación, comprendiendo, como mínimo, en relación con el ámbito de especialización en el que presten sus servicios, el marco jurídico, los aspectos psicológicos, de ética de la mediación, de procesos y de técnicas de comunicación, negociación y de resolución de conflictos¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ En la Disposición final 8ª de las Ley 5/2012, se añade que *"El Gobierno, a iniciativa del Ministerio de Justicia, podrá determinar la duración y contenido mínimo del curso o cursos que con carácter previo habrán de realizar los mediadores para adquirir la formación necesaria para el desempeño de la mediación, así como la formación continua que deben recibir."*, lo que quiere decir que se fijarán normas mínimas que deben cumplir los mediadores, por lo que si los colegios profesionales quieren intervenir como instituciones de mediación deberán realizar sus colegiados cursos de mediación en las materias propias para las que según su cualificación y preparación se les pueden reclamar sus servicios. Y no solamente unos cursos habilitantes, porque la disposición final 8ª hace mención a la formación continua.

¹⁰⁰⁹ CARRETERO MORALES, E., "El estatuto del mediador civil y mercantil", *Revista de mediación*, volumen 7, nº 1, disponible en <https://revistademediacion.com/articulos/el-estatuto-del-mediador-civil-y-mercantil/>, señala que el enunciado de los arts. 4 y 5 del real decreto 980/2013, es demasiado genérico o abierto, ya que no se especifica el peso o la importancia que han de tener cada una de las materias relacionadas, además de no hacerse referencia, por ejemplo, a los distintos ámbitos en los que ha de desarrollarse la mediación en virtud de lo dispuesto en la propia Ley. Habría sido conveniente desarrollar más específicamente el contenido programático de dichos ámbitos formativos, a fin de, en la medida de lo posible, dotar de un mínimo de exigencia o uniformidad a los distintos programas de formación. Por otra parte, no se especifica en el Real Decreto lo que deba entenderse por docencia efectiva, o cuál es el valor de los cursos online o semipresenciales, así como si van a tener validez los ya realizados y cómo se computa o valida la formación práctica ofrecida por dichos cursos. es decir, que aparentemente desaparece cualquier referencia a la formación realizada a distancia, es decir de carácter no presencial o semipresencial.

¹⁰¹⁰ En la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se señala en su Considerando (16) que *"los Estados miembros deben promover, por los medios que consideren adecuados, la formación de mediadores y el establecimiento de mecanismos eficaces de control de calidad relativos a la prestación de*

La formación específica de la mediación se desarrollará tanto a nivel teórico como práctico, correspondiendo a este último, al menos, un 35 por ciento del de la duración mínima prevista en el real decreto para la formación del mediador. Las prácticas incluirán ejercicios y simulación de casos y, de manera preferente, la participación asistida en mediaciones reales (art. 4.2). Evidentemente la formación práctica es la ideal, ya que resulta esencial en la formación del mediador, debiendo incluir necesariamente ejercicios, dinámicas y simulación de casos.

En cuanto a la formación continua que se exige a los mediadores, el Real Decreto se ha limitado a exigir 20 horas cada cinco años, en una o varias actividades, pero sin especificar los contenidos de la misma, aunque se señala que habrán de ser de carácter eminentemente práctico. Se establece también que los cursos de especialización en algún ámbito de la mediación serán computables a efectos de formación continua. Nada se expresa sobre las consecuencias de no realizar dicha formación, si se perdería la condición de mediador o solo se causaría baja en el registro de mediadores. No obstante, al promover el Real Decreto la especialización en la mediación, dicha especialización resulta imprescindible en materia concursal, dada la complejidad dentro de la materia mercantil¹⁰¹¹.

Por lo que respecta a los centros de formación que podrán llevar a cabo la formación específica en mediación, se establece en el art. 7 que deberán contar con la debida autorización por la administración pública con competencia en la materia, sin especificar cuál debe ser.

Dichos centros deberán contar con un profesorado que tenga la necesaria especialización en la materia y reúna, al menos, los requisitos de titulación oficial

servicios de mediación” y en el art. 4, al referirse a la calidad de la mediación, se establece que “2. Los Estados miembros fomentarán la formación inicial y continua de mediadores para garantizar que la mediación se lleve a cabo de forma eficaz, imparcial y competente en relación con las partes”.

¹⁰¹¹ MORENO LISO, L., “Comentarios al artículo 642 TRLC”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ (Dirs.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV. p. 414. PEREA GONZALEZ, A., “El mediador concursal: ¿un nuevo disfraz para el mismo héroe?”, *Diario La Ley*, nº 9674, Sección Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 15 de julio de 2020, Wolters Kluwer, p. 3.

universitaria o de formación profesional de grado superior. Asimismo, quienes impartan la formación de carácter práctico habrán de reunir las condiciones previstas en el Real Decreto para la inscripción en el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación¹⁰¹².

Para que la mediación pueda tener futuro es imprescindible abogar por la calidad de la misma y ello pasa ineludiblemente por la profesionalidad en su desempeño. Si no se exige una formación seria y rigurosa y un efectivo control de la calidad y profesionalidad de los mediadores y de las instituciones que hayan de formar a los mismos, la mediación está claramente abocada al fracaso¹⁰¹³.

Como el mediador, al igual que los administradores concursales puede ser responsable de causar daños y perjuicios a las partes de un proceso de mediación, en el apartado 3 del art. 11 de la Ley de mediación, se exige tenga suscrito un seguro o garantía equivalente que cubra la responsabilidad civil derivada de su actuación en los conflictos en que intervenga¹⁰¹⁴.

El segundo de los requisitos lo constituye la *inscripción obligatoria* en la lista oficial confeccionada por el Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación del Ministerio de Justicia (art. 642 TRLC)¹⁰¹⁵.

¹⁰¹² A este respecto, BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 242-243, señala que “se trata de obtener títulos que profesionalicen en mediación, lo que obliga a que se trate de centros con prestigio, que hayan demostrado a lo largo de su trayectoria que son perfectamente permeables a la formación de mediadores. Obviamente tanto las Universidades como los Colegios profesionales entrarían dentro de esta categoría, y mucho más aún si existiera una simbiosis entre los colectivos y las Universidades, para obtener un reconocimiento que se hallare avalado por quien o quienes ejercen con continuidad la función de formación y de capacitación profesional. Ello no es óbice a la posible existencia de centros privados de prestigio que puedan igualmente ofrecer estas posibilidades formativas y que su título pueda ser reconocido como tal por quienes deberán avalar en el futuro éstos, ora de forma directa ora indirecta a través en este último caso de la inclusión en los Registros de Mediadores”.

¹⁰¹³ Se establece la obligación de los centros de remitir al Ministerio de Justicia, a través de su sede electrónica, los programas de formación en mediación, indicando sus contenidos, metodología y evaluación de la formación que vayan a realizar, así como el perfil de los profesionales a los que vaya dirigida, acompañando el modelo de certificado de la formación que entreguen a sus alumnos, de lo que cabe deducir, pese a que no se señale expresamente, que la Administración pública con competencia en la materia para autorizar los centros de formación será el Ministerio de Justicia.

¹⁰¹⁴ Sobre el seguro de mediadores, vid. TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 21, 2014, pp. 41 a 51.

¹⁰¹⁵ El artículo 18 del Real Decreto 980/2013, dispone que las personas naturales o jurídicas que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos por el apartado 1 del artículo 233 de la Ley concursal (hoy 642

5.4.2 Funciones del mediador en el acuerdo extrajudicial de pagos

La *función principal* del mediador concursal consiste en impulsar el acuerdo de pagos con los acreedores, ayudando a las partes en conflicto a que superen sus diferencias en aras a conseguir un acuerdo. Por lo tanto, se erige en la pieza esencial del sistema para que el procedimiento concluya con éxito.

La primera obligación que el texto refundido le impone al mediador, y que debe realizar sin demora nada más sea nombrado, consiste en solicitar el aplazamiento o fraccionamiento de los créditos de derecho público, en el caso de que el deudor tuviese deudas tributarias o de seguridad social pendientes de pago en el momento de admitirse la solicitud, siempre y cuando no se tuviese previsto su abono en el plazo establecido por la normativa vigente (art. 655 TRLC)¹⁰¹⁶.

El mediador tiene la obligación de *convocar* a las partes para que comparezcan voluntariamente al procedimiento de mediación y velar porque dicha voluntariedad se mantenga a lo largo del mismo¹⁰¹⁷. Con este objetivo, el mediador habrá de facilitar la mejora de la comunicación entre las partes, aportarles conocimiento e información y

TRLC), podrán solicitar su inscripción como mediadores concursales en la sección segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, a efectos de poder ser designados en los procedimientos para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos. La inscripción de los mediadores concursales se efectuará, cuando se trate de personas naturales, a través del formulario establecido al efecto en la sede electrónica del Ministerio de Justicia. En todo caso, deberán acompañarse los documentos que acrediten el cumplimiento de alguna de las condiciones a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1 del artículo 27 de la Ley concursal. Si el mediador concursal estuviera colegiado podrá justificar el cumplimiento de los requisitos exigidos mediante certificado en formato electrónico del respectivo Colegio Profesional. Las personas jurídicas podrán solicitar la inscripción presentando el modelo de solicitud establecido a estos efectos en la sede electrónica del Ministerio de Justicia en el que además de los datos de identificación de la persona jurídica, se concretarán las personas naturales que, por figurar inscritas en las secciones primera o segunda del Registro de Mediadores e Instituciones de Mediación, podrán desarrollar la actividad de mediación en representación de la persona jurídica. Adicionalmente, la persona jurídica deberá acreditar que concurren en ella las condiciones establecidas en el párrafo último del apartado 1 del artículo 27 de la Ley concursal.

¹⁰¹⁶ El precepto no se ajusta a la Directiva 2019/1023 que, en su art. 23.4, enumera las deudas que pueden quedar al margen de la exoneración entre las que no se incluye el Crédito Público. En este sentido cabe recordar la Sentencia de 16 de marzo de 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la que se señalaba en relación concreta del derecho italiano que la exoneración de deudas se puede extender a los créditos públicos (en el caso concreto en relación con el IVA).

¹⁰¹⁷ Respecto de las obligaciones del mediador, son recogidas en el art. 13 de la Ley 5/2012, según el cual “1. El mediador facilitará la comunicación entre las partes y velará porque dispongan de la información y el asesoramiento suficientes. 2. El mediador desarrollará una conducta activa tendente a lograr el acercamiento entre las partes, con respeto a los principios recogidos en esta Ley”.

habilitar que las mismas sean capaces de hacerlo entre ellas para que puedan gestionar de forma adecuada sus intereses en orden a la consecución de un acuerdo que satisfaga en la medida de lo posible las pretensiones de todas las partes¹⁰¹⁸.

Es el encargado de comprobar los créditos y la realidad de los datos que presentó el deudor junto con su solicitud, estando habilitado para solicitar al deudor que complete la documentación, si la considera insuficiente, o que subsane errores (art. 659 TRLC), si bien el precepto no recoge las consecuencias derivadas de que el deudor no atienda el requerimiento¹⁰¹⁹.

Debe comprobar la existencia y la cuantía de los créditos de quienes figuren en la lista de acreedores (art. 660 TRLC). Dicha comprobación debe realizarse de forma completa, para evitar errores o conductas fraudulentas que tengan por finalidad la formación de mayorías ficticias que permitan obtener un acuerdo, por lo que deberá modificar las cuantías que considere oportunas, e incluir o excluir los que procedan¹⁰²⁰.

Otra de sus funciones consiste en confeccionar¹⁰²¹ y remitir a los acreedores una propuesta de acuerdo. En cuanto al contenido de la propuesta viene recogida en el art.

¹⁰¹⁸ GARCÍANDIA GONZÁLEZ, P.M., *Materiales para la práctica de la mediación*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 167, señala que “puesto que la comunicación es la vía para la gestión y resolución de conflictos, cuando los canales de comunicación se han deteriorado, el mediador ayuda a las partes a restablecerlos para que lleguen a regular sus conflictos por sí mismos. El mediador guía, favorece la comunicación con la creación de lo que algunos autores denominan el tercer espacio, con el objetivo de crear modos de comunicación respetuosos y constructivos. Es por ello que sus técnicas y estrategias van orientadas a identificar los intereses y necesidades de las partes y a generar un diálogo que facilite el camino hacia soluciones integradoras”.

¹⁰¹⁹ Esta falta de colaboración podría tener incidencia posterior, en el caso de declaración de concurso consecutivo, ya que estos comportamientos permitirían presumir la culpabilidad del mismo sobre la base del artículo 700 TRLC y, en consecuencia, impedir que el deudor pudiera acceder al beneficio de exoneración del pasivo insatisfechos, en los términos del artículo 486 TRLC.

¹⁰²⁰ BOLDO RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, en VV.AA. (Dir. BOLDO RODA, C) *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 412.

¹⁰²¹ Por lo que respecta al autor de la propuesta, la Ley no se pronuncia al respecto sino únicamente señala que debe ser el mediador el que la remita. A este respecto, la doctrina más autorizada considera que debe ser el propio mediador quien la confeccione (por todos, PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcurso y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2ª ed., Madrid, 2016, p. 813), o que debe confeccionarse coordinadamente entre el deudor y el mediador (SENENT MARTÍNEZ, S., “Comentarios al artículo 236 Ley concursal”, en VV.AA. (dir. PULGAR EZQUERRA, J.) *Comentario a la Ley concursal*, Madrid, 2014, p. 2404, para quien intervienen de modo activo deudor y mediador, lo que le diferencia del convenio concursal, en el que el administrador concursal se limita a evaluar la propuesta sin intervención en su contenido). En contra, AGÜERO ORTIZ A., “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 21,

667 TRLC¹⁰²², si bien algún autor¹⁰²³ considera que su contenido es meramente ejemplificativo, al contener el precepto el tiempo “podrá”, lo que le permite deducir que las partes tienen la facultad de usar dicho contenido o introducir otros, amparándose en el principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 Código Civil).

La propuesta debe estar acompañada de un plan de pagos, con determinación de los recursos previstos para satisfacerlos, y de un plan de viabilidad en el que se especifiquen los recursos necesarios y los medios y condiciones de su obtención, en el caso de que para atender al cumplimiento del acuerdo se prevea contar con los recursos que genere la continuación, total o parcial, del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor (arts. 671 y 672 TRLC).

El mediador deberá convocar a una reunión a los acreedores que figuren en la lista que acompañe el deudor a la solicitud o de cuya existencia por cualquier otro medio tenga conocimiento¹⁰²⁴ con la finalidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pago, si bien la propuesta de acuerdo debe presentarse en un momento posterior¹⁰²⁵.

La última de las funciones encomendadas al mediador consiste en elevar a escritura pública la propuesta aceptada por los acreedores, con cuyo acto quedará cerrado el

2014, p. 44, para quien la mediación concursal es un procedimiento contrario a todos los principios rectores de la mediación.

¹⁰²² Según el precepto, “1. La propuesta podrá contener cualquiera de las siguientes medidas: 1.ª Esperas por un plazo no superior a diez años. 2.ª Quitas. 3.ª La conversión de los créditos en acciones o participaciones de la sociedad deudora o de otra sociedad, la conversión de los créditos en créditos participativos por período no superior a diez años, en obligaciones convertibles, en créditos subordinados, en créditos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero con características, rango o vencimiento distintos de aquellos que tuvieran los créditos originarios. 4.ª La cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de la totalidad o parte de sus créditos. 2. Si el deudor fuera persona natural que no tuviera la condición de empresario, la propuesta únicamente podrá contener esperas, quitas y cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos”.

¹⁰²³ GUERRERO LEBRON, M.J., “Comentario al artículo 667 TRLC”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ (Dirs.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV, p. 558.

¹⁰²⁴ Lo que obliga al mediador a realizar una labor más amplia de la simple convocatoria, puesto que debe convocar incluso a los acreedores que no hubiesen sido reflejados por el deudor en su solicitud (FERNANDEZ GONZALEZ, V., BLANCO GARCIA-LOMAS, L., y DIEZ REVOIRO, E., *El concurso de acreedores de la persona física*, Wolters Kluwer, Madrid, 2016, p. 50).

¹⁰²⁵ DE VIVERO DE PORRAS, M.C., *Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia. Procedimiento y tramitación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

expediente¹⁰²⁶. Si bien, tendrá la obligación de solicitar de inmediato la declaración de concurso consecutivo: a) cuando los acreedores que representen la mayoría del pasivo que pueda verse afectada por el acuerdo decidiesen no iniciar o no continuar las negociaciones; b) cuando la propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos no fuera aceptada por los acreedores; c) cuando el acuerdo extrajudicial de pagos fuera anulado por el juez o fuera incumplido por el deudor; d) y en los casos de deudor persona natural, cuando el mediador considerase que no es posible alcanzar un acuerdo (art. 705 TRLC).

5.5 El concurso consecutivo

Como hemos indicado, en *Derecho español* no existe un administrador en materia de *exoneración* propiamente dicho, pero se regula el concurso consecutivo que es un nuevo tipo de procedimiento de insolvencia implementado por la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en la reforma que realizó en la Ley concursal. Concurso consecutivo que es aquel que se declara a solicitud del mediador, del deudor o de los acreedores, y procede cuando resulta imposible alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, o cuando habiéndose alcanzado, se incumple o se anula, habiendo adicionado el texto refundido, como una nueva modalidad, el subsiguiente fracaso de un acuerdo de refinanciación¹⁰²⁷.

El administrador concursal designado en un concurso consecutivo se diferencia del régimen general del órgano de administración de un concurso, en tres puntos concretos que se establecen en el artículo 709 TRLC, a saber:

5.5.1 Nombramiento de administrador al mediador

Contrariamente con lo que ocurre con el experto independiente que hubiera sido nombrado por el Registrador mercantil para la evaluación del plan de viabilidad de un

¹⁰²⁶ Si el mediador hubiera sido nombrado por el notario, en la misma escritura el notario, mediante diligencia, cerrará el expediente. Si el mediador hubiera sido nombrado por el registrador mercantil o por la Cámara, la escritura se presentará en el propio registro, el cual procederá a cerrar el expediente (Art. 679.2 TRLC).

¹⁰²⁷ El concurso consecutivo se encuentra regulado en el Título IV del Libro II del Texto Refundido de la Ley concursal (arts. 695 a 720)

acuerdo de refinanciación¹⁰²⁸, en el auto de declaración del concurso consecutivo el juez *nombrará administrador* del concurso al mediador concursal, que reúna las condiciones establecidas para ese nombramiento, salvo que concurra justa causa.

El art. 709 TRLC altera la regla general de nombramiento por turno correlativo prevista en el art. 62 TRLC¹⁰²⁹, siendo necesario que el mediador reúna las condiciones subjetivas para ser designado, debiendo entender por tales no solo las condiciones para el acceso de la actividad, sino que alcanzan a cualquier otra condición legalmente establecida para ser nombrado administrador concursal¹⁰³⁰. La aptitud para ser administrador se determina en función de un conjunto de condiciones y han de ser esas, las que debe cumplir el mediador para ser nombrado administrador en un concurso consecutivo¹⁰³¹.

La regla general de continuidad en la designación cede en atención a una excepcionalidad que el juez debe valorar como *justa causa* de su no aplicación, si bien FERNANDEZ SEIJO¹⁰³² considera que en la nueva formulación de la norma no parece que la improcedencia del nombramiento en tales casos obedezca a justa causa apreciada por el juez, sino a la falta de uno de los presupuestos legales para el nombramiento.

El mediador que posteriormente es nombrado administrador, contrae tres *obligaciones que debe cumplir* en el momento de efectuar la solicitud de concurso consecutivo.

¹⁰²⁸ Que no podrá ser nombrado administrador concursal ni auxiliar delegado (art. 703 TRLC).

¹⁰²⁹ El Consejo de Estado en el Dictamen 1127/2019 de 26 de marzo de 2020, manifestó que el mediador “*solo debe reunir las condiciones establecidas para administrador concursal cuando vaya a actuar como tal esto es en caso de concurso consecutivo*”.

¹⁰³⁰ En otros términos, para ser nombrado administrador en un concurso consecutivo el mediador debe: estar inscrito en la sección cuarta del Registro público concursal, (que a estos defectos tiene carácter obligatorio artículo 60.1 TRLC); haber manifestado su disponibilidad en el ámbito territorial que desee actuar (art. 60.2 TRLC); y haber manifestado la voluntad de ejercer como administrador (art. 561.4ª TRLC).

¹⁰³¹ YANES YANES, P., “Comentario al artículo 709 TRLC” en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ (Dirs.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV, p. 786.

¹⁰³² FERNANDEZ SEIJO, J.M., “El concurso consecutivo”, en VV.AA. (Coord. PRATS, L.) *Comentarios a la Ley de mecanismos de segunda oportunidad*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 200.

- a) *La primera* de ellas consiste en acompañar a su solicitud del concurso consecutivo una propuesta anticipada de convenio¹⁰³³ o un plan de liquidación de la masa activa, en función de si el concursado tuviera o no la condición de empresario.

La presentación de una propuesta anticipada de convenio, produce el inicio de la fase de convenio, pero la situación será reversible, y se podrá presentar el plan de liquidación, cuando se constate que la propuesta de convenio planteada no prospera. Como señala PUELLES VALENCIA¹⁰³⁴ tanto el deudor como el mediador deberán ser muy rigurosos a la hora de ofrecer una propuesta a los acreedores, ya que en caso de aceptarse ésta y aprobarse un convenio que posteriormente se incumpla, puede acarrear la consecuencia de la apertura de la fase de calificación.

La alternativa a la propuesta de convenio lo constituye el plan de liquidación, entendiendo por tal un plan para la realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa del concurso, por cuanto así es denominado por el art. 416.2 TRLC¹⁰³⁵

- b) *La segunda* obligación, consiste en el deber de acompañar un informe elaborado por el propio mediador concursal, con el inventario de la masa activa, la lista de acreedores y demás documentos legalmente exigidos¹⁰³⁶. Teniendo en cuenta que el mediador ya posee toda la documentación del deudor, la cual ha podido contrastar, el fundamento de la norma resulta claro, pretendiendo dar agilidad al proceso.
- c) *Y la tercera* obligación, consiste en efectuar un pronunciamiento expreso sobre dos cuestiones: sobre la concurrencia de los requisitos establecidos para la exoneración

¹⁰³³ La propuesta anticipada de convenio se recoge en los arts. 333 y ss. TRLC. A este respecto señalar que se encuentran vigentes las prohibiciones que establece el art. 335 TRLC, por lo que si el deudor se encuentra inmerso en alguno de los supuestos de dicho precepto, necesariamente deberá presentar el plan de liquidación.

¹⁰³⁴ PUELLES VALENCIA, J.M., Comentario al artículo 707 TRLC”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ (Dirs.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV, p. 775.

¹⁰³⁵ El Plan de liquidación deberá elaborarse con los criterios establecidos en el art. 417 TRLC por lo que deberá atender al interés del concurso y a la más adecuada satisfacción de los acreedores.

¹⁰³⁶ Se refiere el art. 706 TRLC al informe previsto en el título VI del libro I, por lo que deberá tener la estructura prevista en el art. 292 TRLC, y se le deberán acompañar los documentos señalados en el art. 293 TRLC.

del pasivo insatisfecho¹⁰³⁷; y, cuando proceda, sobre la procedencia de la apertura de la sección de calificación¹⁰³⁸.

Evidentemente, en los casos en los que el deudor presente el concurso una vez transcurrido el plazo de dos meses sin que los mediadores designados haya aceptado el cargo, debe nombrarse administrador concursal a quien corresponda según las reglas establecidas para el régimen general, a las que me remito.

5.5.2 Desactivación del deber de confidencialidad

Conforme al Código de Conducta Europeo para mediadores¹⁰³⁹, el mediador deberá respetar la confidencialidad sobre toda información, derivada de la mediación o relativa a la misma, incluida la mera existencia de la mediación en el presente o en el pasado, a menos de que haya razones legales o de orden público en sentido contrario, por lo que, salvo disposición legal en contrario, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes podrá revelarse a otras partes sin su autorización.

En el mismo sentido se pronuncia la Ley de mediación¹⁰⁴⁰ dotándolo de tal importancia que establece expresamente como causa de responsabilidad del mediador la vulneración de esa obligación de confidencialidad. Pero tal deber no puede constituir un obstáculo a las lícitas, e incluso obligadas actuaciones que debe emprender el mediador-administrador concursal en el eventual concurso consecutivo.

¹⁰³⁷ Requisitos establecidos en los artículos 488, 491 y 493 TRLC.

¹⁰³⁸ Regulada en el artículo 441 y ss TRLC.

¹⁰³⁹ Disponible: <https://www.cortearbitrajeymediacionvalencia.com/wp-content/uploads/2018/10/Codigo-de-conducta-europeo-para-mediadores.pdf>

¹⁰⁴⁰ El artículo 9 de la Ley de mediación dispone que: “1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento. 2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal”.

En el concurso consecutivo se desactiva el deber de confidencialidad del mediador concursal, lo que significa que el estatuto del mediador y el del administrador concursal son, al menos en ese punto, incompatibles. El mantenimiento del deber de confidencialidad en el mediador nombrado administrador, podría dar lugar a actuaciones ilícitas o inaceptables por parte del deudor, cual sería por ejemplo proporcionar al mediador concursal bajo el carácter de confidencial, en el marco de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos, informaciones y documentos sensibles que sabe afectan directamente a su responsabilidad respecto de la situación de insolvencia, a sabiendas de que, en el eventual concurso consecutivo, el mediador-administrador no podrá hacer uso de dicha información o documentación a la hora de preparar el informe de calificación.

La disposición legal es criticada por YANES YANES¹⁰⁴¹ quien considera que la confidencialidad ha quedado sacrificada por el deseo del legislador de facilitar la polivalencia funcional de los mediadores en los ámbitos preconcursal y concursal.

5.5.3 Limitación de la retribución

El artículo 709 en su apartado 3, dispone que el mediador concursal que hubiese sido designado administrador *no podrá percibir por el ejercicio del cargo más retribución que la fijada en el expediente de mediación*, de manera que cuando el administrador concursal designado en un concurso consecutivo no sea el anterior mediador, su retribución deberá acomodarse al Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de los administradores concursales, y cuando se apruebe el desarrollo reglamentario de la Ley, serán de aplicación las normas generales previstas en los arts. 84 a 93 TRLC¹⁰⁴².

¹⁰⁴¹ YANES YANES, “Comentario al art. 709 TRLC”... Op. cit., p. 790.

¹⁰⁴² Gramaticalmente es claro que la limitación se refiere al caso de que el juez nombre administrador al mediador concursal, argumento al que se añade que entre los criterios para fijar su retribución, se incluye el éxito alcanzado en la mediación (art. 645.2 TRLC). CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “El modelo de acceso a la administración concursal”, *En hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.), Madrid, Diciembre 2020, p. 130, con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 5ª, de 11 de octubre de 2018.

Se trata de una norma limitativa, no prohibitiva. La norma lo que hace es fijar un tope a la retribución, por lo que se prohíbe es el exceso, pero no la retribución que eventualmente fije el juez del concurso hasta ese límite.

A falta de desarrollo reglamentario, la Disposición adicional segunda de la Ley 25/2015, de 28 de julio de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, establece que la base para la remuneración del mediador concursal se calcula aplicando sobre el activo y pasivo los porcentajes establecidos en el anexo del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, pero aplicando las siguientes reducciones: a) Del 70% si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica; b) del 60% si el deudor fuera una persona natural empresario; c) y del 30% si el deudor fuera una sociedad.

Si tenemos en cuenta que el concurso consecutivo solo procede cuando fracasa, se incumple o se anula un acuerdo extrajudicial, y que es imprescindible que en el momento de su solicitud deba acompañarse o una propuesta de convenio o un plan de liquidación, resulta evidente que existe un paralelismo entre la mediación concursal y la fase común del concurso, y que el concurso consecutivo sería equivalente a la fase de convenio o de liquidación, no alcanzando a comprender la razón que lleva al legislador a fijar una retribución inferior¹⁰⁴³.

Es cierto, que el mediador concursal no hace un llamamiento a todos los posibles acreedores del concursado, sino que se limita a convocar a una reunión. Tampoco emite informe alguno, ni confecciona inventarios, ni clasifica los créditos, ni evalúa el ejercicio de posibles acciones de reintegración, etc. Todas esas tareas están reservadas al administrador concursal una vez declarado el concurso consecutivo.

Y precisamente porque esas tareas están reservadas al administrador del concurso consecutivo, es por lo que considero injusto que su retribución se vea reducida con

¹⁰⁴³ Defiendo esta interpretación en LOPEZ MAÑEZ, L.E., “El crédito de la administración concursal”, en VV.AA. *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la Ley concursal* (VEIGA COPO, A. Dir, MARTINEZ MUÑOZ, M., Coord), ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 356.

respecto a las normas arancelarias, máxime cuando la propia Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, introdujo en la Ley concursal¹⁰⁴⁴, la disposición adicional octava, estableciendo que serán de aplicación a la remuneración de los administradores concursales, “*las normas establecidas o que se establezcan para la remuneración de los administradores concursales.*”

La doctrina, ha venido matizando la prohibición de que la retribución del administrador sea superior a la fijada en el expediente de mediación. En este sentido, MARQUÉS MOSQUERA¹⁰⁴⁵ considera que la prohibición ha venido siendo matizado por la doctrina, en el sentido de entender que tal limitación se refiere a actuaciones equiparables, tales como el convenio en fase concursal y el acuerdo extrajudicial de pagos, en fase extra concursal.

DIAZ ECHEGARAY¹⁰⁴⁶, considera la difícil traslación de los aranceles de la administración concursal al mediador, ya que en el Real Decreto arancelario la retribución se fija por fases y que, aun asumiendo que la retribución del mediador concursal sea equiparable a la devengada por la administración concursal en fase común, también se distingue entre el régimen de intervención o suspensión de facultades para fijación de la retribución.

GALLEGO SANCHEZ¹⁰⁴⁷ y LOPEZ MAÑEZ¹⁰⁴⁸ consideran que confluyen en el administrador concursal designado en concurso consecutivo, dos tipos de retribución, la correspondiente a su trabajo por la mediación, y la que debe pervivir como administrador concursal, añadiendo que esta última debe ser igual a la del resto de administradores concursales, al menos, la correspondiente a la fase común.

¹⁰⁴⁴ Hoy derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2020, 5 de mayo de 2020, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal.

¹⁰⁴⁵ MARQUÉS MOSQUERA, C., “El Notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 11/2015, de 27 de febrero”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 23, 2015, p. 168.

¹⁰⁴⁶ DIAZ ECHEGARAY, J.L., *El acuerdo extrajudicial de pagos*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 32.

¹⁰⁴⁷ GALLEGO SANCHEZ, E., “La mediación concursal”, *Anuario de derecho concursal*, nº. 31, 2014, pp. 11-63.

¹⁰⁴⁸ LOPEZ MAÑEZ, “*El crédito de la administración....*”, Op. cit, p. 356.

En este contexto, el art. 27.4 de la Directiva (UE) 2019/1023, establece que “Los Estados miembros velarán por que la retribución de los administradores concursales se rijan por normas que estén en consonancia con el objetivo de conseguir una resolución eficiente de los procedimientos”.

La actual regulación basada en retribuir en función de la cuantía de la masa activa y pasiva, y de las fases del concurso, contrasta con la previsión de la Directiva cuyo axioma principal radica en la resolución eficiente de los procedimientos, en plural, es decir, englobando tanto los de reestructuración, como los de insolvencia y exoneración, puesto que el Título IV en donde se halla ubicado el precepto, menciona todos los procedimientos¹⁰⁴⁹.

Como la directiva pone su acento en la “*resolución eficiente de los procedimientos*”, resulta necesario analizar el alcance de la frase como presupuesto para fijar la retribución.

A este respecto, caben resaltar las siguientes disposiciones:

- a) El apartado b) del artículo 25, referido a las autoridades judiciales y administrativas, al establecer que: “*Los Estados miembros garantizarán que [...] los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas se tramiten de forma eficiente, a los fines de una tramitación rápida de los procedimientos*”. Por lo tanto, para fijar la retribución habrá de tenerse en cuenta la rapidez en su resolución.

¹⁰⁴⁹ En la comunicación realizada al I Congreso Internacional de Derecho concursal Congreso que, bajo el título de “*La posición del acreedor en el derecho Concursal y preconcursal*” se iba a celebrar en Madrid los días 11, 12, y 13 de marzo de 2020, bajo la dirección de VEIGA COPO, A, y Coordinación de MARTINEZ MUÑOZ, M. desafortunadamente suspendido por causa de la declaración del estado de alarma, tuve la oportunidad de manifestar que, de conformidad con la Directiva UE 1023/2019, a la hora de fijar la retribución de los administradores, (también los nombrados en los concursos consecutivos), no solo deberán tenerse en cuenta las magnitudes económicas, sino que deberá tenerse en cuenta la eficacia, competencia, y rapidez en la resolución del expediente, puesto que la imparcialidad e independencia, son valores que se suponen en el administrador concursal, debiendo sancionarse su falta con la inhabilitación para el ejercicio del cargo. Será necesario que se modifique, el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, para adecuarlo a la nueva regulación, y que se contemple también la retribución que debe percibir un administrador concursal por su intervención en la reestructuración preventiva, por ejercer un mecanismo de control *ex ante* de la financiación provisional u otras transacciones, por el ejercicio del cargo de administrador provisional en los procedimientos que no incluyan plan de pagos, etc.

- b) Y el apartado 1 del artículo 27, al disponer que *"Los Estados miembros establecerán los mecanismos reguladores y de supervisión adecuados para garantizar que (los administradores) prestan sus servicios de forma eficiente y competente y, en lo que respecta a los implicados, de manera imparcial e independiente."*

La regulación que se establece en la Directiva contrasta con la actual regulación en el derecho español de la remuneración de los administradores concursales nombrados en concurso consecutivo. Según la Directiva, para fijar la retribución de los administradores, (también los nombrados en los concursos consecutivos), no solo deberán tenerse en cuenta las magnitudes económicas, sino también la eficacia, competencia, y rapidez en la resolución del expediente, puesto que la imparcialidad e independencia, son valores que se suponen en el administrador concursal, debiendo sancionarse su falta con la inhabilitación para el ejercicio del cargo.

Abogamos pues, a que cuando se trasponga la directiva al derecho interno, se tengan en cuenta estos postulados, evitando que haya diferencias entre los diferentes administradores por razón de la procedencia de su nombramiento, y que la única discriminación provenga de la eficacia, competencia y rapidez en la resolución de los expedientes.

CONCLUSIONES

Previa

El trabajo de investigación, cuyas conclusiones se pasan a exponer, tiene por objeto determinar si se pueden adoptar medidas legislativas para aumentar la eficiencia de los administradores concursales en los procedimientos de insolvencia, fundamentalmente en lo que respecta a su formación, procesos de selección y nombramiento.

Para realizar el trabajo, resulta imprescindible conocer la Directiva (UE) 1023/2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y aventurar el posible el impacto que puede tener la misma en las normas de Derecho interno español, cuando se transponga.

El trabajo de investigación se centra en la figura del administrador concursal en materia de insolvencia (según la concepción que mantiene el Derecho español), sin perjuicio de que también se estudian otras figuras, como el administrador en materia de reestructuración y el administrador en procedimientos de exoneración de deudas, sin olvidar al auxiliar delegado y los expertos independientes regulados por el TRLC.

Este trabajo no constituye un puerto de llegada sino un punto de partida para el estudio de las cuestiones que se abordan en el mismo. De manera inevitable, otras investigaciones se realizarán sobre la materia, y otros puntos de vista se expondrán, porque siempre surgirá algo que invitará a formular nuevas incógnitas que dará pie a nuevas investigaciones y a nuevas ideas.

La realización del presente trabajo ha desembocado en las conclusiones que, a modo de propuesta personal, seguidamente paso a exponer. Me he limitado a realizar una visión personal sobre la materia propuesta al inicio, bajo la óptica de la experiencia de 39 años actuando en procedimientos de insolvencia, y con el norte puesto en la máxima objetividad posible.

Expuesto cuanto antecede, siguiendo el orden del art. 26 de la Directiva en el que se hace alusión a las medidas mencionadas, las conclusiones más importantes son:

PRIMERA. SOBRE LA FORMACIÓN ADECUADA

Una vez analizada la formación de los administradores concursales en la legislación española, de debe concluir que la regulación debe mejorarse, porque no cumple con los estándares de eficacia que proclama la Directiva.

El vigente art. 27 LC se limita a exigir una titulación concreta: ser abogado en ejercicio, economista, titulado mercantil o auditor de cuentas, con una experiencia profesional de cinco años, y acreditar tener conocimientos especializados. Los arts. 61 y 62 TRLC, coincidiendo esencialmente con el art. 27 LC en la redacción de la Ley 17/2014, exigen la inscripción en la sección cuarta del Registro Público Concursal previa acreditación de unos requisitos cuya concreción se deja pendiente desarrollo reglamentario. Nuestra legislación no regula ningún tipo de formación, ni los requisitos que debe reunir la misma, ni qué colectivos la deben impartir, así como tampoco prevé un examen oficial que acredite la suficiencia de la formación, ni el control de la calidad de la misma, lo que resulta de todo punto incompatible con la Directiva.

El elemento más importante para tratar de mejorar la eficiencia de los administradores concursales en los procedimientos de insolvencia, lo constituye *la profesionalidad*, ya que de ella depende la reducción del plazo de duración de los procedimientos y el abaratamiento de sus costes. Por ello, la *formación* se erige en uno de los pilares básicos para que se garantice la imparcialidad, independencia, competencia y prestación eficaz de los servicios que realizan los administradores concursales. Considero que cuando se trasponga la Directiva deberían concretarse los requisitos de acceso a la condición de administrador concursal, sin perjuicio de que algunos aspectos de detalle puedan ser objeto de desarrollo reglamentario.

No basta con cumplir los requisitos vigentes, sino que resulta imprescindible que se modifique la legislación española para establecer unos criterios de formación que sean

claros, homogéneos, uniformes y transparentes, con el objeto de que la totalidad de los administradores tengan la misma capacitación. El objetivo ha de ser que cualquiera de ellos pueda hacerse cargo de la administración de cualquier tipo de procedimiento concursal (sea del tamaño o características que sea), desterrando situaciones como las vividas en las que han accedido al cargo de administrador personas que, a pesar de cumplir los requisitos *legales*, no se encontraban mínimamente formados para tramitar, ni resolver eficazmente las diversas cuestiones que deben abordarse en un proceso universal como es un concurso de acreedores.

La formación debe cumplir una función de garantía de la competencia, de homogeneización de los requisitos de entrada y especialización de los administradores concursales, así como de profesionalización de esta actividad.

SEGUNDA. FORMACION EX ANTE: NECESARIEDAD DE LA SUPERACION DE PRUEBAS DE ACCESO

Íntimamente ligado con cuanto se ha expuesto, considero que solo se mejora la eficiencia de los administradores concursales en los procedimientos de insolvencia, si se instaura la necesidad de la superación de *pruebas de acceso*, o de un *examen* habilitador. Debemos avanzar para lograr el establecimiento de una verdadera profesión de administrador concursal, a la que se acceda superando una prueba ante un tribunal compuesto por un equipo multidisciplinar (en el que figuren jueces, académicos, abogados, economistas, auditores, personal de la administración, etc.), en línea con el Proyecto de Estatuto de julio de 2015, con el objeto de que el postulante acredite tener conocimientos de Derecho, economía, contabilidad, auditoría, etc. puesto que sin dichos conocimientos difícilmente va a desarrollar bien su función.

El examen debería ser el mismo en todo el territorio nacional, y para todo tipo de aspirantes con independencia de su titulación. Debería tener lugar, al menos, una vez al año y desarrollarse en la lengua oficial del Estado. Solo mediante la superación de una prueba de acceso se puede tener la certeza de que el candidato a ser designado

administrador concursal estará capacitado para asumir el cargo, ya que tendrá los conocimientos suficientes para el ejercicio de la actividad de administrador concursal.

El examen o prueba de acceso puede establecerse de muchas formas o utilizando diversas fórmulas, pero me aventuro a proponer que debiera constar de dos fases: a) la primera, destinada a comprobar el nivel de conocimientos teóricos alcanzados respecto de las materias propias de la insolvencia; b) y una segunda fase, a la que solo podrán acceder quienes hubieran superado la primera, de carácter práctico que determinará la capacidad de aplicar los conocimientos teóricos a la práctica habitual de la actividad de la administración concursal.

TERCERA. FORMACION *EX POST*: NECESARIEDAD DE FORMACION PERMANENTE

El vigente art. 27 LC, junto la formación en materia concursal, exige que los profesionales que hayan puesto de manifiesto su disponibilidad para el desempeño de la función de administrador concursal deban indicar su *compromiso de continuidad* en la formación en esta materia, sin que sea necesario acreditar posteriormente que ese compromiso efectivamente ha sido ejecutado.

Considero que el profesional de la insolvencia debe estar al día, no solo en las novedades legislativas, contables y de auditoria, sino también en otras materias legales como la normativa del Banco Central Europeo y Banco de España, y la que emana de las instituciones europeas, sin olvidar la jurisprudencia nacional y europea, máxime si se trata de un administrador en materia de reestructuración, que además debe tener en cuenta otros factores económicos muy cambiantes. Por ello, considero que siempre es conveniente y necesaria la formación continuada.

En la actualidad la *formación continuada* se obtiene mediante la asistencia a cursos, jornadas y congresos, organizados por Universidades u otras instituciones, y en los que intervienen jueces, y otros profesionales de la insolvencia, los cuales tienen un extraordinario valor formativo por la experiencia de los ponentes, y la calidad de las

exposiciones. Pero en la práctica, la formación continuada se ha convertido en formación voluntaria, ya que ningún juez exige su acreditación una vez el administrador consta en las listas para ser designado.

La Ley alude solo al compromiso de formación, el cual debe materializarse. Por ello, considero necesario que obligatoriamente se establezca la necesidad de acreditar un mínimo de 20 horas de formación anual, mediante la asistencia a Congresos, Jornadas, o cursos de formación continua organizados o impartidos por Universidades, escuelas de negocio, fundaciones o instituciones privadas de reconocido prestigio, debiendo inscribirse en el Registro Público Concursal el certificado de asistencia y aprovechamiento. Solo mediante la formación permanente se garantiza la actualización de los conocimientos del administrador concursal, aumentando con ello su eficiencia en el desempeño del cargo.

CUARTA. SOBRE LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALIZADOS

El art. 26.1.a) de la Directiva exige que los administradores tengan los *conocimientos especializados* necesarios para el desempeño de sus funciones, empleando la misma expresión que el art. 27 LC utiliza para la formación que debe acreditar el abogado en ejercicio para ser nombrado administrador. Este requisito o el similar de “formación especializada en Derecho concursal” que la norma española emplea para el economista, titulado mercantil o auditor de cuentas resulta de todo punto lógico habida cuenta de los intereses heterogéneos, y muchas veces contrapuestos, que confluyen en un concurso. Dichos conocimientos especializados deben permitir al administrador concursal adoptar de forma eficiente decisiones con una posible repercusión económica y social importante,

Desde la atalaya que me brinda el ejercicio cotidiano de la función de administrador concursal, dada la transversalidad del Derecho concursal, considero que se precisan conocimientos de todas las ramas del Derecho (civil, mercantil, procesal, laboral, administrativo y fiscal) y una serie de conocimientos en materia de contabilidad, finanzas, administración de empresa, etc., que, sin duda alguna, escapan a la mayor parte de los abogados o economistas que no se dediquen, casi en exclusiva, a la gestión o

asesoramiento de empresas en crisis. Ahora bien, es importante resaltar que la formación ha de ser *efectiva*, en el sentido que ha de ser real, que efectivamente haya sido adquirida por el administrador, y objetivable y/o cuantificable ya que debe apreciarla el juez del concurso que hace el nombramiento, y por lo tanto será él quien, en última instancia, determine si concurre o no el requisito de formación de una persona para un concurso concreto.

En determinados procedimientos de insolvencia la especialización concursal indicada puede resultar insuficiente para lograr una óptima eficiencia. Pero también debe exigirse una especialización sectorial puesto que las particularidades de una determinada actividad empresarial o profesional pueden exigir, en ocasiones, un conocimiento y experiencia específicos. En esos concretos supuestos, la doble especialización (concursal y sectorial) redundará en una mayor eficiencia del procedimiento concursal.

QUINTA. CONOCIMIENTOS NECESARIOS EN MATERIA DE REESTRUCTURACION Y EXONERACIÓN

La Directiva se ocupa también de los procedimientos de reestructuración, en los que debe nombrarse a un administrador en materia de reestructuración, figura esta desconocida en el Derecho español, y diferente del administrador concursal en materia de insolvencia.

Puede pensarse que el *administrador en materia de reestructuración* debe tener una formación diferente y superior a la del administrador concursal, por cuanto sus funciones son diferentes (es el encargado de asistir al deudor o los acreedores en la elaboración o negociación de un plan de reestructuración, y supervisar la actividad del deudor durante las negociaciones). Pero esta afirmación es matizable.

Los jueces que aplican los protocolos del pre-pack (no contemplados expresamente en la legislación) en el seno de la comunicación prevista en el art. 583 TRLC, cuando la insolvencia ya es inminente (en la que se solicita el nombramiento de un experto independiente para supervisar la preparación de un procedimiento público, transparente

y concurrencial de venta de la unidad productiva), consideran que el experto puede ser nombrado posteriormente administrador concursal, por lo que su formación debe ser la misma.

Sin embargo, no ocurre lo mismo, cuando nos encontramos ante un proceso de reestructuración empresarial en un estadio previo a la insolvencia inminente, es decir, cuando nos encontramos en una probabilidad de insolvencia que hace necesario reestructurar la empresa para precisamente, evitarla. En estos casos, considero necesaria una modificación legislativa, para regular la formación del administrador en materia de reestructuración que ha de ser más completa que la del administrador concursal, por cuanto ha de conocer otros campos que son superfluos para el administrador concursal, tales como procesos productivos, análisis sectoriales, conocimientos de la competencia, valoraciones de empresas, etc., y estar familiarizado con procesos de fusiones, escisiones y adquisiciones empresariales.

En cuanto al *administrador en materia de exoneración* la figura se encuentra subsumida en el Derecho español en el administrador concursal designado en un concurso consecutivo, que puede haber sido antes mediador en el seno de un acuerdo extrajudicial de pagos, o no. Si ha sido mediador concursal, en él deberán concurrir los requisitos de formación previstos en la Ley de mediación, lo que no deberá ocurrir en el caso de que el administrador en caso de concurso consecutivo, haya sido designado *ex novo*. A este respecto, considero que no resulta necesario efectuar modificación legislativa alguna.

SEXTA. SOBRE LAS CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD

Desde la publicación de la Ley concursal, el proceso de selección de los administradores concursales ha sido muy criticado, ya que basta con cumplir los requisitos subjetivos para ser nombrado administrador, para que el juez pudiera efectuar la designación, con el único límite de no poder designar a una misma persona en más de tres concursos en dos años. En la actualidad, es el juez quien selecciona al administrador que considera conveniente, sin someterse a orden, criterio, o preferencia alguna, ya que es una facultad que ejerce con discrecionalidad.

El sistema no puede mantenerse por más tiempo. El criterio de selección debe modificarse de inmediato, diseñándose un sistema que sea objetivo y de aplicación automática, con excepción de aquellos casos que revistan una particularidad especial.

La Directiva en su considerando 87 dispone que los Estados miembros deben velar porque los administradores concursales sean *nombrados de manera transparente* teniendo debidamente en cuenta la necesidad de garantizar la *eficiencia* de los procedimientos, apostillando en el considerando 88 que no se debe impedir que sean seleccionados por el deudor, los acreedores, una junta de acreedores a partir de una lista previamente confeccionada, o incluso por otros métodos, como la selección aleatoria mediante un programa informático. En su parte dispositiva, el art. 26 exige que las condiciones de admisión de los administradores concursales deban ser claras, transparentes y justas, lo que no sucede en la actual regulación española.

1. Sobre la *claridad*

La Directiva exige que las condiciones de admisión de los administradores concursales deban ser claras, transparentes y justas. Por *claras* se entienden aquellas que son concretas y pueden identificarse acudiendo a la interpretación literal, bastando la simple comprobación de la concurrencia del hecho previsto. La regulación actual de dichas condiciones en nuestra legislación concursal no es clara, ya que la norma no concreta cuál es la formación especializada mínima exigible: contenidos formativos, clasificación académica (master, postgrado), periodo de formación, dejando en manos de cada Colegio profesional la valoración de la formación mínima exigible.

Considero que debería regularse adecuadamente la formación requerida, en los términos que se han propuesto en el cuerpo del trabajo. En el futuro Estatuto de la administración concursal deberá indicarse cuál es la formación académica que debe exigirse a un aspirante a ser designado administrador que, a mi modo de ver, bastará con que sea suficiente que posea el título académico que prevé la LC. También deberá regularse el contenido formativo y el periodo de formación, y si resulta exigible un periodo de prácticas previo a la designación.

2. Sobre la *transparencia*

La segunda condición que exige la Directiva a las normas que regulen la admisión de los administradores, consiste en que sean *transparentes*, entendida la transparencia en el sentido de que tanto potenciales administradores concursales como terceros puedan conocer las condiciones de acceso. En España, las normas quedan en manos de cada colegio profesional y, en lo que yo conozco, los contenidos formativos exigidos no se publicitan, por lo que el sistema carece de la transparencia requerida por la Directiva, al depender de los propios colegios.

No es suficiente para entender cumplida la vocación de transparencia el hecho de que el art. 27.6 LC vigente establezca la posibilidad de que cualquier interesado pueda plantear quejas al Decanato sobre el funcionamiento o requisitos de la lista oficial u otras cuestiones o irregularidades de las personas inscritas con carácter previo a su nombramiento. La función del Decanato se limita a recoger y remitir los listados a los diferentes Juzgados de lo mercantil, sin control alguno de su contenido, por lo que aunque se planteen quejas, éstas no podrán ser resueltas. En todo caso, las eventuales quejas solo podrán plantearse en el juzgado en donde se haya producido un nombramiento, y no en relación con las condiciones de admisión, lo que debiera revisarse.

3. Sobre la *justicia*

La tercera de las condiciones que la Directiva exige en materia de admisión de los administradores consiste en que deben ser *justas*, entendiendo por tales cuando sean adecuadas, y por tanto proporcionadas, al eficaz y competente ejercicio de las funciones de administrador concursal, y cuando sean homogéneas para el conjunto de los administradores concursales. En nuestra legislación, tampoco son justas las condiciones de admisibilidad en el sentido de que no son homogéneas ni para todos los administradores, ni para el conjunto del territorio nacional.

Desde mi punto de vista, para que las condiciones de admisión sean justas, solo existe un camino, que es el de que exista uniformidad en la formación de los administradores,

desterrando viejas prácticas de admitir a ejercer el cargo a individuos que si bien eran auditores, licenciados en Derecho, economía o titulados mercantiles, y habían adquirido el compromiso en materia de formación la verdad es que su trabajo dejaba mucho que desear por haberse dedicado a otros campos de sus respectivas titulaciones, alejados de la insolvencia.

SÉPTIMA. SOBRE LAS CONDICIONES DEL PROCEDIMIENTO PARA EL NOMBRAMIENTO

La Directiva también exige que el procedimiento para el nombramiento sea *claro, transparente y justo*, entendiendo por tales conceptos: a) que el sistema y los criterios que han de seguirse para nombrar a un administrador concursal estén concretados y sean comprensibles desde una interpretación literal; b) que el procedimiento para el nombramiento sea accesible a terceros; c) y que garantice tanto la capacitación del administrador concursal nombrado, como una designación equitativa.

En la actualidad tampoco existe en la legislación española un proceso similar al que diseña la Directiva, porque solo se exige que el juez procure una distribución equitativa de designaciones entre los incluidos en las listas que existan (art. 27.4 LC), equidad que en la práctica no existe y que podríamos decir que es difícil que existan ante los centenares de nombres que aparecen en las listas, y de *curriculums* que debe manejar el juez, por lo que, el nombramiento se realiza discrecionalmente, salvo en algunos juzgados que, afortunadamente, siguen el orden de los candidatos.

Cuando entre en vigor el art. 62 TRLC, la situación se revertirá puesto que el refundidor ha optado por adoptar un sistema general de nombramiento por turno correlativo, efectuando la primera designación mediante sorteo entre los que figuren en el listado de inscritos. Entiendo que el procedimiento previsto en la legislación española cumple con los tres requisitos indicados por la Directiva, y ello por los siguientes motivos: a) se encuentran perfectamente concretados en la Ley, aunque muchas veces parezcan confusos en la práctica a la vista de los diferentes listados que los jueces manejan; b) la transparencia está garantizada a través de la publicidad que otorga el Registro Público

Concursal que es de libre acceso para el ciudadano; c) y queda garantizada la justicia en el nombramiento por cuanto tanto los preceptos de la LC actual, como los del TRLC, tienen establecidos los sistema de capacitación y de la equidad en los nombramientos.

OCTAVA. SOBRE LAS CONDICIONES DEL PROCEDIMIENTO PARA LA REVOCACION O SEPARACION

También deben ser claros, transparentes y justos, los procedimientos para la revocación y separación del cargo de administrador concursal, además de rápidos si se quiere lograr la máxima eficiencia del procedimiento. La legislación española establece una serie de causas incapacidades y prohibiciones para ser designado administrador concursal, así como las causas por las que un administrador puede ser separado del cargo, por lo que en líneas generales la legislación española no necesitaría de mayores modificaciones a la hora de trasponer la Directiva, si bien considero que debería modificarse la regla del “tres por dos” (que actualmente carece de sentido dada la creciente creación de juzgados de lo Mercantil), debiendo aumentarse el número de concursos que pueden ser aceptados en dos años, pero haciéndolo extensible a una ciudad, provincia o a todo el territorio Nacional, en vez de a un Juzgado concreto. Por lo demás, la regulación actual resulta concordante con los postulados de la Directiva, aunque quizás, cabe realizar algunas mejoras en aspectos procesales.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, considero que debe establecerse una excepción en el caso de utilización de la figura del pre-pack en el seno de la venta de una unidad productiva antes de la declaración del concurso, y realizar la consiguiente modificación legislativa en ese sentido.

Los jueces que aplican los protocolos del pre-pack, a la que se hace referencia en el apartado 3 de la conclusión decimoprimer, consideran que el experto independiente puede ser nombrado posteriormente administrador concursal. Este nombramiento contradice el art. 64.2 TRLC porque incurriría en la causa de incompatibilidad consistente en la prestación de servicios profesionales al deudor en el periodo inmediatamente anterior a su designación, lo que le invalidaría para ser nombrado administrador

concurstal. Considero que la modificación legislativa debería consistir en excluir de la causa de incompatibilidad al experto independiente que hubiese sido nombrado como consecuencia de la comunicación del artículo 583 TRLC, para supervisar la venta de la unidad productiva.

La modificación legislativa propuesta contribuye a mejorar la eficiencia de los procedimientos concursales en línea con lo dispuesto en la Directiva, ya que se agiliza el procedimiento en dos vertientes: por un lado, no es necesario el cese del experto (con posible rendición de cuentas de su actuación) y un nombramiento de administrador; y por otro lado, el hecho de que el experto tenga conocimiento previo de la actividad del deudor, sus clientes, acreedores, proveedores financieros, etc. agiliza la tramitación del procedimiento concursal.

NOVENA. CONOCIMIENTOS Y EXPERIENCIA NECESARIOS PARA UN CASO CONCRETO, INCLUIDOS LOS CASOS CON ELEMENTOS TRANSFRONTERIZOS

El art. 26.1.c) de la Directiva exige que, para el nombramiento de un caso concreto, incluidos los casos con elementos transfronterizos se tengan en cuenta los conocimientos y la experiencia del administrador concursal, así como las particularidades del caso, lo que nos lleva a examinar si la legislación española ya cumple con estos requisitos, o debe modificarse.

1. Conocimientos para un caso concreto

A este respecto, el vigente art. 27 LC se adecua a la previsión de la Directiva dado que su apartado cuarto faculta al juez para designar a unos concretos administradores concursales cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia, conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial o que se puedan deducir de la complejidad del concurso. En la misma línea, se pronuncia el art. 62.2 TRLC, pero contiene una limitación a la facultad de libre designación del juez que no recogen ni la Directiva ni el vigente art. 27 LC,

consistente en que tal facultad se limita a los concursos de gran tamaño, lo que resulta altamente criticable.

Resulta lógico desde todos los puntos de vista, que en aquellos casos en los que existan circunstancias excepcionales, el juez pueda designar a un administrador distinto del que corresponda por turno correlativo, ya que es posible que carezca de la formación o experiencia necesarios para tramitar con eficacia el concurso.

Considero que la limitación a los concursos de gran tamaño debería suprimirse, y ello por las siguientes razones: a) porque la Directiva no establece limitación alguna y las particularidades del caso deben poder ser atendidas en cualquier tipo de concurso con independencia de su tamaño; b) porque son los concursos de gran tamaño los que más suspicacias generan en relación con los nombramientos, por lo que residenciar la facultad de elección del juez exclusivamente en estos concursos poco va a resolver al respecto; c) y porque circunscribirlo a los concursos de gran tamaño, hacen presuponer que los de tamaño pequeño o mediano no están exentos de complejidad.

Resulta necesario una modificación legislativa en este sentido, siendo preferible que la excepción afecte a aquellos concursos en los que su previsible desarrollo exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, en vez de a los concursos de gran tamaño.

2. Concursos con elementos transfronterizos

En líneas generales la legislación española resulta acorde con la Directiva en lo que respecta a los concursos con elementos transfronterizos, puesto que regula acertadamente en el Libro III del Texto refundido las normas de Derecho internacional privado, acertando en la regulación del procedimiento de reconocimiento de procedimientos extranjeros de insolvencia, y en la regulación de la coordinación entre procedimientos paralelos de insolvencia.

Sin embargo, resulta *criticable* la redacción del art. 740 TRLC en lo referente a la lengua a utilizar. Considera el precepto que la comunicación a los acreedores en el extranjero debe realizarse en castellano y, en su caso, en cualquiera de las lenguas oficiales (si bien en el encabezamiento de su texto figurarán también en inglés y francés los términos “Comunicación para la presentación de créditos, Plazos aplicables”). De igual manera, los acreedores con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero deberán comunicar sus créditos en lengua castellana o en otra oficial propia de la comunidad autónoma en donde tenga su sede el juez del concurso.

Tal previsión legal debe modificarse, por ser contrario a los presupuestos de la Directiva, según la cual resulta imprescindible que para la designación de administrador concursal, el juez tenga en cuenta otros factores, tales como: a) la capacidad de comunicarse y cooperar con otros administradores concursales y autoridades judiciales o administrativas; b) la capacidad para comprobar los créditos y todas las medidas destinadas al rescate o la reestructuración del deudor o a la conclusión de los procedimientos; c) la capacidad de análisis y estudio de la posibilidad de reestructuración del deudor y, si existe tal posibilidad, de coordinación en la elaboración y la aplicación de un plan de reestructuración; d) la posibilidad de adoptar medidas proteger la información confidencial. Para todo lo cual es fundamental poseer conocimientos de idiomas y disponer de recursos humanos y administrativos para tratar posibles casos complejos.

Las comunicaciones no sólo deberían hacerse íntegramente en castellano, o en las lenguas cooficiales españolas, sino también en inglés y francés, por ser las más comunes y más fácilmente entendibles por los ciudadanos europeos.

3. Conclusión aplicable a ambos supuestos

Considero que debería modificarse el art. 561 TRLC al objeto de que contemple la inserción en la sección 4ª del Registro Público Concursal, la acreditación de los conocimientos o experiencia que posee el administrador concursal para ser nombrado en un caso concreto o en un concurso con elementos transfronterizos. Para lograr esta

finalidad debería abrirse una subsección específica para que puedan insertarse en ella los datos de aquellos administradores concursales, personas físicas o jurídicas, que tengan conocimiento, experiencia y medios materiales y humanos, para poder hacerse caso de un concurso concreto, en función de su especialidad, y para aquellos que tengan elementos transfronterizos, en los que cuestiones, como el conocimiento de idioma, es fundamental para desarrollar eficazmente la labor.

DÉCIMA. SOBRE LA POSIBILIDAD DE OPOSICION A LA SELECCIÓN O NOMBRAMIENTO

En relación con la posibilidad prevista en la Directiva, de que los deudores y acreedores puedan oponerse a la selección o al nombramiento de un administrador, o solicitar su sustitución, hago constar que esta facultad no está prevista en nuestra legislación. La Directiva concede dicha facultad a fin de evitar conflictos de intereses, cuya referencia debe relacionarse con la concurrencia de causas de incompatibilidad y prohibiciones, quedando así excluida la posibilidad de oponerse al nombramiento por cuestiones relativas a la capacitación del administrador concursal.

El Texto refundido, como ya hiciera la Ley concursal, mantiene un elenco de causas impositivas para ser nombrado administrador concursal, que superan el nivel de claridad, justicia y transparencia que prevé la norma europea. En nuestro Derecho la posibilidad de oposición se articula a través de la posibilidad de interponer recurso frente al auto de nombramiento. Establecer un cauce específico para la oposición al nombramiento, que culminase en una resolución frente a la que cabría únicamente recurso de reposición, considero que iría en contra de lograr la eficiencia del procedimiento, puesto que podría prolongarse el mismo en una cuestión tan esencial y primaria, como es el nombramiento de administrador.

DECIMOPRIMERA. REGIMEN DE LA INTERVENCION DE TERCEROS

No estarían completas las conclusiones si no nos refiriésemos a las dos figuras que contempla la legislación española como las únicas intervenciones de terceros en el

concurso, teniendo ambas un carácter excepcional de forma que solo pueden designarse cuando la complejidad del concurso así lo exija. Me refiero a los auxiliares delegados y a los expertos independientes, a quienes, brevemente me refiero a continuación.

1. Auxiliares delegados

En Derecho español, en los casos en que el administrador concursal sea una persona física, será el Juez quien de forma excepcional podrá designar un auxiliar delegado que ostente la condición profesional que no tenga aquél, y a quien asignará las funciones que considere oportunas. Para ello, será necesario la concurrencia de dos requisitos: que el juez considere necesaria la designación en función de las circunstancias concurrentes; y la previa audiencia al administrador concursal.

Mantengo la opinión de que la figura del auxiliar delegado, tal y como se encuentra regulada en el Texto refundido es prescindible, o debe regularse de forma distinta, y ello por los siguientes motivos: a) por muy complejo que sea el concurso, o por gran tamaño que tenga, el administrador concursal persona jurídica, cuenta con medios humanos y materiales para desarrollar eficazmente su labor sin que sea necesario solicitar el nombramiento de un auxiliar delegado; b) También carece de sentido la obligatoriedad de su nombramiento cuando se solicite la prórroga para la emisión del informe, sin que concurra causa justificada, ya que la propia Ley permite al administrador concursal el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones; c) resulta criticable que sea obligatorio el nombramiento de un auxiliar delegado en el caso de concursos conexos cuando haya un único administrador, y que no exista esa obligatoriedad en el caso de los concursos acumulados; d) las funciones a delegar no pueden ser otras que las funciones propias del órgano de administración, por lo que, si el administrador no se encuentra preparado para llevarlas a cabo, lo procedente es su sustitución; e) debe ser el administrador concursal quien solicite el nombramiento de un auxiliar delegado, y no el juez quien lo nombre de oficio.

2. Expertos independientes

Al contrario de lo que sucede con los auxiliares delegados, considero que los expertos independientes sí que son necesarios para que la administración concursal pueda desempeñar con eficacia sus funciones. El Texto refundido circunscribe la figura de los expertos independientes a los supuestos en que es necesaria su designación para asesorar al órgano de administración en la valoración de los bienes inventariados o, en su caso, a la valoración de la viabilidad de los litigios en curso o el ejercicio de acciones para reintegrar bienes a la masa activa.

Considero que la figura debía reforzarse, dándole un mayor contenido y una distinta configuración, sobre todo en los supuestos de aplicación del pre-pack, en donde su intervención se tornaría en indispensable. Al experto independiente designado en el marco de la comunicación de la apertura de negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación u obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (ex. art. 583 TRLC), que necesariamente desembocará en un concurso, debe dotársele de las funciones que la Directiva prevé para los administradores en materia de reestructuración, ya que la labor del experto independiente se desenvuelve en un momento anterior a la insolvencia, tratando de evitarla, por lo que su actuación es extraconcursal, aunque el proceso derive en un concurso. Por ello, considero conveniente que el legislador se replantee la figura del experto independiente puesto que puede ser una figura de muchísima utilidad para empresas viables que se encuentran en la fase de insolvencia inminente.

3. Experto independiente por aplicación del protocolo pre-pack

Sobre la base de que la Directiva incluye dentro del concepto “reestructuración” las ventas de activos o de partes de la empresa, así como la venta de la empresa misma, muchos jueces de lo mercantil están aplicando de *lege ferenda*, los denominados protocolos pre-pack. Estos protocolos, en esencia, consisten en anticipar a una situación previa a la declaración de concurso y vinculada a la comunicación del artículo 583 TRLC, la preparación de un procedimiento público, transparente y concurrencial de venta de la unidad productiva, supervisado por un *experto independiente* que ejercerá más tarde el cargo de administrador concursal una vez declarado el concurso.

Se trata de un mecanismo híbrido pre-concursal, que culmina con la venta de la unidad productiva en el seno del concurso, y facilita transmisiones de empresas o unidades productivas en situación financiera apurada, favoreciendo la continuidad de la actividad económica y el mantenimiento del empleo en la actual crisis pandémica.

Considero que esta figura del empaquetado o paquete previo concursal debería regularse expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, porque es acorde al espíritu y finalidad de la Directiva 2019/1023 que, entre sus objetivos, incluye conseguir que los Estados establezcan nuevas medidas que garanticen un procedimiento de liquidación eficiente, reduciéndose la excesiva duración de los procedimientos de insolvencia, en beneficio de unos mayores porcentajes de recuperación.

La incorporación a nuestro Derecho de esta figura conllevaría la necesaria regulación del experto independiente en el seno del protocolo pre-pack, asignándole las funciones de asistir al deudor en la preparación de las operaciones de venta, participar en dichas operaciones informando a los acreedores, y supervisar la regularidad, publicidad y transparencia del proceso. La regulación debería prever que el experto independiente fuese el posterior administrador concursal.

DECIMOSEGUNDA. VALORACIÓN FINAL

Como lógico corolario de cuanto hemos expuesto en la presente tesis, pasamos a exponer de modo esquemático, las líneas por donde debería discurrir la futura reforma de nuestra legislación.

1. En cuanto a la selección. Considero que, en gran medida, es necesario que el legislador español establezca un nuevo sistema de formación, regulando un sistema de acceso a la profesión de administrador concursal mediante la superación de pruebas que garanticen que todos los inscritos en el Registro Público Concursal, tengan los mismos niveles de conocimiento. La nueva regulación también debe incluir una efectiva formación permanente del administrador, estableciéndose la obligatoriedad de esta, así como la forma de acreditación del aprovechamiento.

2. En cuanto al nombramiento. Considero que debía nombrarse al administrador por turno correlativo puro, sin que quepan más excepciones que aquellas en las que el juez razone y justifique que procede un nombramiento distinto, y ello con independencia del tamaño del concurso. A tal objeto, el legislador español deberá fijar los parámetros que deben tenerse en cuenta para poder seleccionar a un administrador distinto al que por turno corresponda.
3. En cuanto a la revocación y separación. Considero que la normativa española cumple con los presupuestos de la Directiva en cuanto a la facultad que otorga a los deudores y acreedores de oponerse al nombramiento de un administrador, sin perjuicio de mejorar su regulación sobre todo en lo relativo a una mejor determinación de las causas y algunos aspectos procesales. No obstante, debe excluirse de la causa de incompatibilidad de la prestación de servicios al deudor en el periodo inmediatamente anterior a la designación de administrador, a aquel administrador concursal que fue designado como experto independiente para actuar en un protocolo pre-pack.
4. En cuanto a los concursos con elementos transfronterizos. Considero que debe modificarse el artículo 740 TRLC, al objeto de que las comunicaciones deban realizarse, además de en español, en inglés o francés.
5. En cuanto a los auxiliares delegados. Entiendo que la figura debería suprimirse o regularse de forma distinta, porque la regulación en el Texto refundido no resulta acorde con la realidad profesional.
6. En cuanto al experto independiente designado en sede de la comunicación del artículo 583 TRLC, debería regularse la figura, admitiéndose plenamente en nuestra legislación, debiendo ser nombrado administrador concursal dicho experto una vez declarado el concurso.
7. Diagnóstico final. Como valoración final del trabajo de investigación, solo resta manifestar que considero que la legislación española es mejorable, resultando

imprescindible una reforma legal que recoja un Estatuto de la administración concursal acorde con los estándares que la Directiva establece.

EPÍLOGO

Una vez se transponga la Directiva al Derecho interno español, es posible que no se confirmen mis hipótesis, o incluso, que el legislador adopte posturas contrarias a las que defiendo en este trabajo. Pero tales circunstancias no afectarán a la satisfacción personal que tengo por haber concluido un trabajo de investigación, tarea que me parecía imposible al comenzar la misma.

BIBLIOGRAFIA

AGÜERO ORTIZ A., “El mediador concursal como administrador extraconcursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 20, 2014, pp. 263-272.

AHEDO PEÑA, O., “Alcance objetivo del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho”, *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal, IX Jornadas Concursales*, Vitoria, 2020, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 659-677.

ALEMAN MONTERREAL, A., *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela, Ed. Andavira, 2010.

ALONSO ESPINOSA, F.J., “El informe de la administración concursal. Un intento de clasificación sistemática”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 19, 2013, pp. 101-114.

ALONSO LEDESMA, C., “Algunas reflexiones sobre la proyectada reforma de la administración concursal”, *Revista Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 23, 2015, pp. 15-29.

- Los modelos de administración concursal. La administración concursal: VII Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. VV.AA. (dir.) ROJO, A., GALLEGO E., y CAMPUZANO, A.B, Thomson Reuters, 1ª ed., 2016, pp. 39-84.

AMÉRIGO ALONSO, J., “La reforma pendiente de la administración concursal”, *Audidores*, nº 23, Instituto De Censores Jurados de Cuentas de España, 2016, pp. 20-23.

ANDEL DASSO, A., “Derecho Concursal Comparado”, Vol. 2, Legis Argentina, Buenos Aires, 2008.

ANOVEROS TRIAS DE BES, X., “Salgado de Somoza un precursor de la moderna doctrina del derecho concursal”. *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez* (Coord. IGLESIAS PRADA, J.L.), t. III, Madrid, Civitas, pp. 3463-3478.

ASENCIO PASCUAL, C., “Comentario al artículo 63” en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley Concursal*. PEINADO GARCIA – SANJUAN Y MUÑOZ (Dir.), ed. SEPIN, Madrid 2020, t. I, pp. 479-484.

BARONA VILAR, S., Mediación en asuntos civiles y mercantes en España, ed. *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2013.

BELTRÁN SANCHEZ, E., “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico”, en ROJO, Á. (Dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 323-329.

BENAVIDES VELASCO, P., Comentario al artículo 487, en VV.AA. *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley concursal*, PEINADO GARCIA/SANJUAN MUÑOZ (Dir.), ed. Sepin, Madrid 2020, t. III, pp. 689-694.

BERMUDEZ AVILA, M., “Medidas para mejorar la eficiencia y rapidez de los procedimientos concursales previstas en la Directiva 2019/1023”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, Agosto – septiembre 2019, Cizur Menor, 2019, pp. 107-119.

BETKER, B. (1997), “The Administrative Costs of Debt Restructurings: Some Recent Evidence”, *Financial Management*, Vol. 26, pp.56-68.

BOLDO RODA, C., “El acuerdo extrajudicial de pagos. Aspectos procedimentales”, en VV.AA. (Dir. BOLDO RODA, C) *La mediación en asuntos mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 391-427.

BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL. A., “Las Sociedades Profesionales: análisis práctico de su nueva regulación”, *Ediciones Experiencia*, Barcelona, 2007.

BRICONGNE, J.C., DEMERTZIS, M, PONTUCH P. y TURRINI, A. “Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective”, European Economy Discussion Papers of the European Commission, Discussion Paper 032, ISSN 2443-8022, Junio 2016.

CALVO BERNARDINO, A., “Panorama actual del sistema financiero español”, en VV.AA. (Dir. CAMPUZANO-CONLLEDO-PALOMO), *Los mercados financieros*, 2ª edición, Valencia 2017, pp. 29-75.

CAMPINS VARGAS, A., “La Sociedad profesional”, Ed. Civitas, Madrid 2002.

CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “Comentario al artículo 600 TRLC”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ (Dirs.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, TOMO IV, pp. 163-166.

- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “El acceso a la profesión de administrador concursal: formación y experiencia” en VV.AA *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, (Coord. ASPAC) Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 93-142.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “El derecho preconcursal en el proyecto de real decreto legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la ley concursal”, *El concurso y la conservación de la empresa. Puesta a punto del derecho de la insolvencia. Una nueva oportunidad*, VIII Jornadas concursales, 30 y 31 de mayo de 2019, Vitoria Gasteiz, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 533-553.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “La administración concursal”, *GPS concursal*, 3ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 321- 378

CANDELARIO MACÍAS, M.^aI., “Consideraciones genéricas sobre la administración concursal en la Ley 22/2003”, *Revista del REFor*, nº 7, Julio-septiembre 2003.

CARBONELL RODRÍGUEZ, F.G., “Designación, servicio público y transparencia”, en ROJO, GALLEGO y CAMPUZANO (dirs.), *La administración concursal: VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2016, pp. 563-577.

CARRASCO PERERA, A., La Directiva (UE) 2019/1023 de procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas (II), 19 de julio de 2019, disponible en <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2019/07/La-Directiva-UE-20191023-de-procedimientos-II-.pdf>.

CARRERAS LLANSANA, J., “El Juez y la Sindicatura”. *La Reforma del Derecho de Quiebra. Jornadas sobre la Reforma del Derecho Concursal Español*, Madrid, Civitas, 1982. pp. 249-278

-CARRERAS LLANSANA, J., El embargo de bienes, Barcelona, *Bosch*, 1957

CARRETERO MORALES, E., “El estatuto del mediador civil y mercantil”, *Revista de mediación*, volumen 7, nº 1, disponible en <https://revistademediacion.com/articulos/el-estatuto-del-mediador-civil-y-mercantil/>,

CASANELLAS BASSOLS, R., “El nuevo estatuto de la Administración Concursal”, *Legaltoday.com*, 29 de octubre de 2015

-CASANELLAS BASSOLS, R., “La administración concursal persona jurídica”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 31, editorial *Civitas*, Pamplona, 2014, pp.177-193

CASTAN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, 14º ed., Madrid, *Reus*, 1984, Tomo II.

-CASTAÑ TOBEÑAS, J., *La vocación jurídica del pueblo español*, Madrid, *Instituto Editorial Reus*, 1948.

CAZORLA GONZALEZ-SERRANO, L., “El administrador concursal persona jurídica: su naturaleza jurídica en la Ley 38/2011”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, núm. 17, Madrid 2012, pp. 145-153.

CERDA ALBERO, F., y SANCHO GARGALLO, I., Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal, *Colección de estudios económicos de “La Caixa”* número 25.

COLL MORALES, F., Reestructuración empresarial, disponible en <https://economipedia.com/definiciones/reestructuracion-empresarial.html>.

COMENDADOR ALONSO, D., “El régimen transitorio del estatuto de la Administración Concursal” *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal. IX Jornadas Concursales*, Vitoria 2020, Thomson Reuters, Aranzadi, pp. 863-894.

CORDÓN MORENO, F., Suspensión de pagos y quiebra. Una visión jurisdiccional, 3.^a ed. *Aranzadi*, Pamplona, 1999.

CUENA CASAS, M., “La profesionalización de la administración concursal. Una reforma imprescindible y urgente”, *Notario del Siglo XXI*, mayo – agosto 2020, nº 91-92., pp. 48-55.

DE CARDENAS SMITH, C., La propuesta de Directiva sobre reestructuración temprana y su trasposición al Derecho español, *Revista concursal y paraconcursal*, Wolters Kluwer, nº 29, 2018, pp. 223-235.

DE CASTRO ARAGONESES, J., “La administración concursal. Derecho concursal”, *Tirant Lo Blanch*, Valencia, 2012.

DE LA CRUZ BÉRTOLO, J.M., en el Comentario al artículo 26 de la Ley Concursal, en VV.AA. *Comentarios a la legislación concursal*, (Dirs. PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU), t. I, Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004, pp. 525-526.

- DE LA CRUZ BERTOLO, J.M., “Comentario al art. 27 de la Ley concursal” en VV.AA. (Dirs. PULGAR EZQUERRA, J/ALONSO LEDESMA, C./ ALONSO UREBA, A./ALCOCER GARAU, G), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid 2004, pp. 527-542.

DE VIVERO DE PORRAS, M.C., Los acuerdos extrajudiciales de pago en procesos de insolvencia. Procedimiento y tramitación, ed. *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2017.

DE WEIJS, R.J. “Harmonization of European Insolvency Law: Preventing Insolvency Law from Turning against Creditors by Upholding the Debt–Equity Divide”, *European Company and Financial Law Review*, Vol. 15, N°. 2, 2018, pp. 403-444.

DEL VECCHIO, F., «Il curatore fallimentare come terzo ed avente causa del fallito», *Rivista di Diritto fallimentare e delle società commerciali*, fasc. 3-4, 1984, pp. 237 y 238.

DIAZ ECHEGARAY, J.L., El acuerdo extrajudicial de pagos, ed. *Aranzadi*, Cizur Menor, 2014.

DOMENECH ORTI, X., “Funciones y tareas del administrador concursal”, *Practica concursal y soluciones a la crisis empresarial. III Foro concursal del ATP*, Bilbao, 2016, disponible en <http://www.icjce-euskadi.com/IIIforoconcursal/XavierDomenech.pdf>.

DUQUE DOMINGUEZ, J.F., Comentario al artículo 1.1 de la Ley Concursal, en VV.AA. *Comentarios a la legislación concursal*, (Dirs. PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU, vol. I, VVAA, Editorial Dykinson, S.L. Madrid, 2004, pp. 67-75.

ECKSTEIN, “Die rechtliche Charakter der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung und die rechtliche Stellung des Versteigerungsrichters und Zwangsverwalters”, ZJP, núm. 40, 1910.

EMPARANZA SOBEJANO, A., “Los nuevos deberes de los administradores frente a los acreedores en sociedades con dificultades económicas”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, agosto septiembre 2019, pp. 137-146.

ENCISO ALONSO-MUÑUMER, M., “La representación de las personas jurídicas administradores”, en ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (dirs.) “La administración concursal”. *VII Congreso español de derecho de la Insolvencia, de la Colección de Estudios de derecho Concursal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 219-244.

ENNECCERUS, L./NIPPERDEY, H.C., Tratado de Derecho civil, parte general, 3º ed., Barcelona, ed. Bosch, 1981, Tomo I, Vol. II.

ERDMANN, D., “Praktische Konsequenzen der Behandlung des Konkursverwalters als Organ der Konkursmasse”, KTS, 1967

ESPIGARES HUETE, J.C., “Las prohibiciones legales para el cargo de administrador concursal” en ROJO-GALLEGO-CAMPUZANO (dirs.), *La administración concursal. VII Congreso español de la Insolvencia, Monografía nº 38* de la Colección de estudios de Derecho concursal, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 105-144.

ESPINIELLA MENENDEZ, A., “Los protocolos concursales”, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 10, 2007, pp. 165-199.

ESTASÉN, P., Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras, Madrid, 1889.

ETXARANDIO HERRERA, E., Manual de Derecho Concursal, 2 ed. *La Ley*, Madrid, 2009.

- ETXARANDIO HERRERA, E.J., Los principios de la reforma concursal: la casa desencantada. *El concurso y la conservación de la empresa. La armonización del derecho regulador de la insolvencia. VI Jornadas Concursales*, Vitoria 8 y 9 de junio de 2017, Thomson Reuters, pp. 127-150.

FERNANDEZ DE SANTAELLA, F., ¿Qué es una reestructuración financiera?, en <https://blog.norgestion.com/gestion-de-empresas-e-interim-management/que-es-una-reestructuracion-financiera/>.

FERNANDEZ GONZALEZ, V., “La necesaria dignificación de la administración concursal (II)” en VV.AA. Hacia un nuevo orden concursal. *La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley concursal, IX jornadas concursales Vitoria Gasteiz*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 819-846.

- FERNANDEZ GONZALEZ, V., BLANCO GARCIA-LOMAS, L., y DIEZ REVOIRO, E., El concurso de acreedores de la persona física, *Wolters Kluwer*, Madrid, 2016.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A. y otros., Derecho procesal práctico, Madrid, *Centro de Estudios Ramón Areces*, 1997, Vol. 9º.

-FERNANDEZ LOPEZ, P., “Métodos de valoración de empresas”, IESE Business School, *Universidad de Navarra*, Documento de Investigación, DI-771 noviembre, 2008.

FERNANDEZ PEREZ, N., “La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal”, en *Revista de derecho Concursal y paraconcursal*, nº32, Madrid, 2020, pp. 71-95

FERNANDEZ SEIJO, J.M., La reestructuración de las deudas en la Ley de segunda oportunidad, ed. *Bosch*, Barcelona 2015.

- FERNANDEZ SEIJO, J.M., “Algunas cuestiones prácticas de la administración concursal”, *Revista del Refor*, nº 16, 2005, pp. 14-18.
- FERNANDEZ SEIJO, J.M., El concurso consecutivo”, en VV.AA. (Coord. PRATS, L.) *Comentarios a la Ley de mecanismos de segunda oportunidad*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 180-220.

FERRARA, F., “Patrimoni sotto amministrazione, in *Rivista del Diritto commerciale*, VII, 1912.

- FERRARA. J.R., «Curatore del fallimento», *Enciclopedia del Diritto*, XI, 1962, edición online: www.iusexplorer.it.

FERRE FALCÓN, J. y KELLER, N., «La reforma de la legislación concursal alemana”, *Anuario de Derecho concursal*, Nº 27, 2012, pp. 327-334

FRANKS, J. y, SUSSMAN, O. “Resolving Financial Distress by Way of a Contract: An Empirical Study of Small UK Companies”, 2001, pp. 1-60.

FUENTES DEVESA, R., “La designación por turno. La designación judicial.”. La administración Concursal. *VII Congreso Español del Derecho de la Insolvencia*. (Coord, ROJO-GALLEGU-CAMPUZANO), pp. 183-216.

GADEA SOLER, E., *Iniciación al estudio del Derecho Concursal*, Ed. Dykinson, Madrid 2005

GALLEGU SANCHEZ, E. en conferencia impartida en las Jornadas de Derecho Concursal organizadas por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, los días 15 y 16 de septiembre de 2011.

- GALLEGU SANCHEZ, E., “Artículo 223 Cese de los administradores”, en *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, en ROJO/BELTRAN (Dirs.), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1584-1589.

- GALLEGO SANCHEZ, E., “Del nombramiento de los administradores concursales”, *Ley Concursal: Comentarios, jurisprudencia y formularios*, ed. La Ley, Madrid 2002, pp. 333- 377.
- GALLEGO SANCHEZ, E., “La administración concursal” en *Estudios sobre la Ley concursal*, Tomo II, Madrid Barcelona, 2005, pp. 1321-1358.
- GALLEGO SANCHEZ, E., “La intervención judicial en la suspensión de pagos”, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999.
- GALLEGO SANCHEZ, E., “La mediación concursal”, *Anuario de derecho concursal*, nº. 31, 2014, pp. 11-63.

GARCIA BENITEZ, M^a. D., “Las sociedades de administración concursal y el auxiliar delegado” en VV.AA. *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, (Dir. MARTIN MOLINA/DEL CARRE DIEZ-GALVEZ/LOPO LOPEZ), Madrid, 2014, pp. 61-78.

GARCIA ESCOBAR, G.A., Tesis doctoral: El sentido de la institución concursal: los principios del concurso, Universidad de Granada, 2016, disponible en internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=61128>.

GARCIA MARRERO, J., “El Estatuto de la administración concursal. Algunas cuestiones problemáticas sobre su nombramiento.”, *XXXIII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, disponible en https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/Organigrama/Documents/1292347816961-Ponencia_de_Javier_Garcia_Marrero.PDF.

GARCIA PEREZ, R., “El ejercicio en sociedad de profesionales liberales”, Ed. Bosch, Barcelona 1997.

GARCIA VALVERDE, R., El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso, en VV.AA. *Derecho concursal*, (Dir. GARCIA VALVERDE, ALONSO UREBA y PULGAR EZQUERRA), Madrid, 2003, p. 27 y ss.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ., “La liquidación concursal”, Ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011

GARCIANDIA GONZALEZ, P.M., Materiales para la práctica de la mediación, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GARCIA-PITA Y LASTRES, J.L., “La separación de los administradores concursales por prolongación indebida de la liquidación, en VV.AA. *La liquidación de la masa activa. VI Congreso español de Derecho de la Insolvencia “In memoriam” Emilio Beltrán* (Dir. ROJO/QUIJANO/CAMPUZANO), Cizur Menor, 2014, pp. 345-416.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., “Administradores concursales y liquidación. En especial, la prohibición a éstos de adquirir bienes de la masa”, en VV.AA. “*La liquidación concursal*”, (Dir. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 158-173.

GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J.A., “Sobre la Ley de Sociedades Profesionales: aspectos prácticos, *Colección Cuadernos de Derecho Registral*, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007.

GARCIMARTIN ALFEREZ, F., “La propuesta de Directiva europea sobre reestructuraciones y segunda oportunidad, el arrastre de acreedores disidentes y la llamada “regla de prioridad absoluta”, *El almacén del Derecho*, agosto, 2017, disponible en <https://almacendeDerecho.org/los-mecanismos-arrastre-acreedores-disidentes-la-llamada-regla-prioridad-absoluta>.

GARNICA MARIN, J., “Aspectos procesales de la Ley Concursal. La nueva Ley Concursal”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 23, 2003, p. 200.

GARRIGUES WALKER, J., Curso de Derecho mercantil, Madrid, Ed. Aguirre 8ª edición, t. III, Madrid, 1983.

GAY DE MONTELLA, R., Código de comercio español comentado, ed. *Bosch*, t. V., Barcelona, 1948.

GILO GOMEZ, C., “La relevancia de la intervención letrada en un concurso de acreedores”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2020, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

GIRON TENA, J., “Introducción (Temario para una encuesta)” en Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985.

GOMEZ AMIGO, L., El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos, ed. *Reus*, Madrid.

GOMEZ ASENSIO, C., “La directiva (UE) 2019/1023 sobre marcos de reestructuración preventiva y su futura transposición al ordenamiento jurídico español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Nº 12, febrero 2020, pp. 472-511.

GOMEZ LOPEZ, E., “Comentario al artículo 203”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. (Dir. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ), Sepin, Madrid, 2020, Tomo II, pp. 91-96.

GOMEZ MARTIN, F., “Comentario al artículo 27” en *Tratado practico concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 625 y ss.

GONDRA ROMERO, J.M., “Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal”, VV.AA. *Estudios sobre la Ley concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Marcial Pons, Madrid, 2005, tomo 4, pp. 4577-4599.

GONZALEZ CARRASCO, M^a del C., Comentarios a la ley Concursal, coordinados por R. Bercovitz Rodríguez Cano, vol. I, Madrid, 2004.

GONZALEZ GARCIA, M.A., La administración concursal, *Revista de estudios económicos y empresariales*, nº 18, 2006, pp. 175 a 192.

GONZALEZ HUEBRA, P., Tratado de quiebras, ed. González, Madrid, 1856.

GONZALEZ NAVARRO, B., “Una tregua para la administración concursal”, *Revista Lex Mercatoria*, núm. 1, Año 2015, revistalexmercatoria.umh.es, pp. 42-45.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C., “Sobre el fracasado estatuto de la administración concursal”, *Revista del buen gobierno y la responsabilidad corporativa*, nº 112, 2016, pp. 16-17.

GRÜNEBERG, C., “Die Rechtspositionen der Organe der GmbH und des Betriebsrates im Konkurs”, Frankfurt am Main, *Peter Lang*, 1986, pp. 22-41.

GUERRERO LEBRON, M.J., “Comentario al artículo 667 TRLC”, en VV.AA. *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, (Dir. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV, pp. 557-566.

GURREA CHALÉ, A., “La administración concursal: sus funciones”, *Albolote* (Granada), Comares, 2004.

GURREA MARTINEZ, A., “El nombramiento de la administración concursal por turno secuencial: ¿una alternativa tan despiadada”. Artículo de prensa publicado en *Lawyerpress*, de 26 de septiembre de 2016. Disponible en <https://dictumabogados.com/prensa-medios/el-nombramiento-de-la-administracion-concursal-por-turno-secuencial-una-alternativa-tan-despiadada/13921/>.

- URREA-MARTÍNEZ, A. “The Future of Reorganization Procedures in the Era of Pre-insolvency Law”, *European Business Organization Law Review*, 2020, pp. 829-854.

HERBOSA MARTINEZ, I., “Planteamiento introductorio. Una primera lectura de la Directiva (UE) 2019/1023 en materia de marcos de reestructuración preventiva, segunda oportunidad y medidas para incrementar la eficacia de los procedimientos”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, 8-9, agosto septiembre 2019, pp. 47-69.

- HERBOSA MARTINEZ, I., La Directiva 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia: su repercusión sobre las pequeñas y medianas empresas (PYMES), *Revista Aranzadi Unión Europea*, número 8-9, Agosto-Septiembre 2019, pp.147-161.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, M., “Solicitud del concurso. La solicitud anticipada” en *Tratado Judicial de la Insolvencia*. VV.AA. (Dir. PRENDES CARRIL-MUÑOZ PAREDES), editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 647-653.

HERRERA GIMENEZ, D., Reflexiones sobre los métodos de diagnóstico de la evolución patrimonial de las empresas y de predicción de la insolvencia en tiempos de crisis, 11.12.2020, disponible en <http://tirantonline.com/tol/publicNovedades/show/8228908>.

HIERRO ANIBARRO, S., “Un nuevo estatuto para el empresario individual”, ed. *Marcial Pons*, Madrid, 2016.

HURTADO IGLESIAS, S., “Administración concursal y administrador en materia de reestructuración”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, num. 33, Wolters Kluwer, 2020, pp. 265-282.

- HURTADO IGLESIAS, S., “La reforma Concursal Anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”, *Revista de derecho Concursal y paraconcursal*, núm. 14, Madrid 2011, pp. 17-23.

IÑIGUEZ ORTEGA, P., “Comentario al artículo 28”, en VV.AA. *Ley Concursal Comentarios, jurisprudencia y formularios* (Coord. GALLEGOS SANCHEZ, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2002, pp. 355-370.

JOSE VELA, J. y RAFAEL SARAIZA., “La administración concursal en las diferentes fases del procedimiento de concurso”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº. 641, 2004, pp. 1-5.

JUAN Y MATEU, F., “Retribución”, en Comentario de la Ley Concursal, VV.AA. (Coords. BELTRAN SANCHEZ/CAMPUZANO LAGUILLO/ALAMEDA CASTILLO/ROJO FERNANDEZ RIO), Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 681-705.

- JUAN Y MATEU, F., “Administración concursal nombramiento y cese”, *Enciclopedia Concursal, Thomson Reuters Aranzadi*, 2012, pp. 205-221.

KAMALNATH, A., “Cross border insolvency protocols: a success story”, *International Journal of Legal Studies and Research*, vol, 2, núm. 2, 2013, pp- 172-190.

LADO CASTRO-RIAL, C., “Líneas esenciales de la Directiva”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 8-9, agosto septiembre 2019, pp. 51-69.

LAMO DE ESPINOSA, J.M., “Los requisitos que debe cumplir la administración concursal”, disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/Derecho-mercantil/concursal/sobre-los-requisitos-que-debe-cumplir-la-administracion-concursal-2019-03-12/>. 1º2 de marzo de 2019.

LARENZ, K., Derecho civil, parte general, *Editoriales de Derecho reunidas*, Madrid, 1978

LEON SANZ, F. J., “La reforma de los acuerdos de refinanciación preconcursales”, *Studi Senesi*, CXXVI, 2004.

LILLO CERVANTES, A. y SERNA CABRERA, S., “Concurso de acreedores de entidades financieras: aspectos prácticos y propuestas de lege ferenda”, *Revista Concursal y paraconcursal*, Nº 33/2020, Wolters Kluwer, Madrid 2020, pp. 311-324.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La mediación Mercantil: especial referencia a la mediación en el marco concursal”, *Diario de la ley*, nº 8225, 2014.

LOPEZ MAÑEZ, L.E., “Administración concursal y auxiliares delegados tras la reforma de la Ley 22/2003”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 16, 2012, pp. 143-170.

- LOPEZ MAÑEZ, L.E., “El crédito de la administración concursal”, en VV.AA. *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la Ley concursal* (Dir. VEIGA COPO, A., Coord. MARTINEZ MUÑOZ, M.), ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 333-358.

LORCA NAVARRETE, A.M., Comentarios a la nueva Ley de enjuiciamiento civil, Valladolid, *Lex Nova*, 2000, Tomo I.

MAGRO SERVET, V., “El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de los mercantil”, *Diario La Ley*, nº 5443, 2001.

- MAGRO SERVET, V., “La administración judicial. Desde el borrador al Proyecto de Ley Concursal”, *Diario La Ley*, nº 5607, 2002.

MANFRED BALZ, “The European Union Convention on Insolvency Proceedings”, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 35, Nº. 5, septiembre, 1996, pp. 1223-1245.

MANGANELLI PAOLO, “The Modernization of European Insolvency Law: An Ongoing Process”, *Journal of Business & Technology Law*, Vol. 11, Nº 2, 2016, pp. 153-177.

MANRESA Y NAVARRO. J.M., Prólogo a la obra de RIVES y MARTI, F. *Teoría y práctica de actuaciones judiciales en materia de concursos de acreedores y quiebras*, 2ª ed., Madrid, 1904; 3ª ed., Madrid, 1953.

MARQUES MOSQUERA, C., “Comentarios al artículo 3 Sociedades Multidisciplinares”, disponible en http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12702116&name=DLFE-204623.pdf.

- MARQUÉS MOSQUERA, C., “El Notario y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 11/2015, de 27 de febrero”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 23, 2015, pp. 161-179.

MÁRQUEZ LOBILLO, P., “Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales”, en VV.AA., *Estudios sobre la ley concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, 2004, tomo II, pp. 1389-1406.

MARTI DE EIXALA, R., *Instituciones de Derecho mercantil de España, Sociedad general de publicaciones*, 9ª ed., Barcelona 1911.

MARTIN NATHALIE, *The Role of History and Culture in Developing Bankruptcy and Insolvency Systems: The Perils of Legal Transplantation*, 28 B.C. INT’L & COMP. L. REV. 1, 4, 40, 2005.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Artículos 27 a 33” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, Madrid, Tecnos, 2004, p. 256 y ss.

MARTINEZ FLORES, A., “Naturaleza y eficacia de los acuerdos y protocolos de insolvencia. Jornada sobre instrumentos de cooperación en los procedimientos de insolvencia transfronterizos”, Madrid, 14 de febrero de 2020, disponible en <http://www.blog.fder.uam.es/2020/03/09/instrumentos-de-cooperacion-en-los-procedimientos-de-insolvencia-transfronterizos-acuerdos-y-protocolos/>.

MARTÍNEZ JIMÉNEZ, M.I., y SIERRA NOGUERO, E., «Los órganos del concurso y la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal», en *“Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 2, 2005 pp. 1407-1456.

MARTINEZ MANSO, A., “la necesaria dignificación de la administración concursal (I)” en VV.AA. *Hacia un nuevo orden concursal. La conservación de las empresas a la luz del texto refundido de la Ley concursal*, IX jornadas concursales Vitoria Gasteiz, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 799-818.

MARTINEZ SANZ, J., Intervención en la mesa redonda “Comunicación de negociaciones, viabilidad y experto en reestructuraciones”, celebrada el día 5 de junio de 2020 en el marco del VIII Congreso Concursal: Reestructuración empresarial, Texto refundido concursal y reformas de emergencia en un escenario post COVID 2019, organizado por Wolters Kluwer junto a la revista de Derecho Concursal y Paraconcursal.

MAYORGA TOLEDANO, M.C., “Comentario al artículo 76”, en VV.AA. *Comentarios al articulado del Texto Refundido de la Ley Concursal*, (Dirs. PEINADO GARCIA/SANJUAN MUÑOZ), Editorial Jurídica SEPIN, Madrid 2020, Tomo I, pp. 559-563.

MELERO BOSCH, L.V., “Hacia la societarización de la administración concursal”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 15, 2011, pp. 249-260.

-MELERO BOSCH, L.V., “la designación de mediador concursal para la tramitación de los acuerdos extrajudiciales de pago/Comentario de instrucción DGRN de 5 de febrero de 2018”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 29, 2018, Wolters Kluwer, pp. 187-200.

MENENDEZ MENENDEZ, A., “Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho concursal”, en VV.AA. *Estudios jurídicos en homenaje a José María Chico y Ortiz* (Dirs. GIMENO/GOMEZ LAFUENTE), Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 1322 y ss.

MONTERO GARCIA-NOBLEJAS, P., “La separación del administrador concursal”, *La administración concursal*, Thomson Reuters, Zizur Menor, 2016.

MORENO LISO, L., “Comentarios al artículo 642 TRLC”, en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. (Dir. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV, pp. 407-418.

MORENO RODRÍGUEZ, A., “La administración concursal”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, nº 14, 2011, pp. 57-62.

MORRAL SOLDEVILA, R., “Comentario al artículo 32”, en VV.AA. *Comentarios a la Ley concursal* (Coord. SAGRERA TIZON/SALA REIXACHS/FERRER BARRIENDOS.), Bosch, 2004, tomo I, pp. 370-422.

-MORRAL SOLDEVILA, R., “Comentario al artículo 37” en *Comentarios a la Ley concursal* (Coord. SAGRERA TIZON/SALA REIXACHS/FERRER BARRIENDOS.), Bosch, 2004, tomo I, pp. 370-422.

MOTOS GUIRAO, M. y BLANCO CAMPAÑA, J., “Proceso histórico de formación del Código de Comercio”. *Centenario del Código de Comercio*, Vol. II, Madrid, 1991.

MUÑOZ PAREDES, A., “Déficit concursal: el despertar del ánimo o la manipulación de la materia” en *Diario La Ley*, núm. 9667, 2020, Wolters Kluwer.

NEBOT SEGUI, R., “Propuesta de Directiva de insolvencia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 6, febrero 2017, pp. 352-365.

NIETO DELGADO, C., “Concurso, grupo de sociedades, y administración concursal tras la reforma de 2011”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 19, 2013, pp. 255-272.

- NIETO DELGADO, C., “Funciones De la administración concursal en el nuevo marco regulatorio de las insolvencias (reestructuración y concurso). *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, (Coord. ASPAC), Wolters Kluwer, Madrid, diciembre 2020, pp. 143-193.

- NIETO DELGADO, C., La reforma de la administración concursal: el modelo alemán (i), artículo publicado en “*El economista.es*” en fecha 26/08/14.

NIGRO, A. y VATTERMOLI, D., “Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali (Strumenti)”, *Il Mulino*, 4ª Edición, 2017.

NUÑEZ LOZANO, P.L., “Consideraciones sobre la profesionalidad de la administración concursal”, en VV.AA., *Estudios de derecho concursal*, (Coord. PEINADO GARCIA/VALENZUELA GARACH), Madrid 2006, pp. 113-148.

OLIVENCIA RUIZ, M., “La terminología jurídica de la reforma concursal”, *Iustel*, Madrid, Iustel, 2006.

- OLIVENCIA RUIZ, M., Reforma concursal española y doctrina jurídica, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Nº 1, 2004, pp. 19-25.
- OLIVENCIA RUIZ, M., “La suspensión de pagos y la quiebra en el Código de Comercio”. *Centenario del Código de Comercio*, Vol. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986, pp. 341-388;
- OLIVENZA RUIZ, M., “Los motivos de la reforma de la Ley Concursal”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 17, 2012, pp. 23-30

OLMEDO PERALTA, E., “Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley Concursal” en VV.AA. *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. (Dirs. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV.

PACCHI, S., “El objetivo de la conservación de los valores en el ordenamiento concursal italiano” en DIAZ MORENO-LEON SANZ *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración*, Eds *Aranzadi*, Cizur Menor, 2015, pp. 27-55.

- PACCHI, S., “Gli organi preposti al fallimento. Parte II”, *Manuale di Diritto Fallimentare*, PACCHI (coord.), 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2011.

- PACCHI, S., “Acreedores y marcos de refinanciación”, en VV.AA. *El acreedor en el derecho concursal y preconcursal a la luz del texto refundido de la Ley concursal*. (Dir. VEIGA COPO, A., Coord. MARTINEZ MUÑOZ, M.).

PACHECO GUEVARA, A., “La administración concursal”, Ed. *Aranzadi*, Pamplona, 2009.

PALAO UCEDA, J., “La insolvencia inminente y el sistema concursal preventivo”, ed. *Bosch*, Barcelona, 2013.

PASTOR SEMPERE, C., “Acuerdos extrajudiciales: naturaleza jurídica, contenido y efectos” en VV.AA. *La mediación en asuntos mercantiles* (Dir. BOLDO RODA, C), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 391-427.

PAYNE, J. "Schemes of arrangement" y reestructuración de deuda en el Derecho inglés, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 22, 2015, pp. 315-328.

- PAYNE, J., *Schemes of Arrangement: Theory, Structure and Operation*, Cambridge University Press, 2014, 2ª ed, 2021.

PAZ ARES, C., “Comentario artículo 1678” en VV.AA. *Comentario del Código Civil* (Dir. PAZ-ARES-DIEZ-PICAZO-BERCOVITZ-SALVADOR.), Madrid 1991, vol. II, p. 1395.

- PAZ ARES, C., “Comentarios a un anteproyecto”, *Diario La Ley*, nº 2, Madrid 2005, pp. 9-18.
- PAZ ARES, C., “El concepto de sociedad profesional”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 49, 2018, pp. 199-230, disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5901/documento/art017.pdf?id=8352>.
- PAZ-ARES RODRIGUEZ, J.C., *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, Ed. *Civitas*, Pamplona, 1999.

PEREA GONZALEZ, A., “El mediador concursal: ¿un nuevo disfraz para el mismo héroe?, *Diario La Ley*, nº 9678, 2020, Wolters Kluwer.

PEREZ-CRUZ MARTIN, A.J., “La administración concursal. Su régimen Jurídico en la Ley Concursal, *Revista de Derecho procesal* 3-4/2001, noviembre 2011, pp. 15-90.

PONS ALBENTOSA, L., “La Administración concursal” en VV.AA. *Tratado Judicial de la Insolvencia*. (Dir. PRENDES CARRIL-MUÑOZ PAREDES), Aranzadi, Zizur Menor, (Navarra) 2012, tomo I, pp.679-734.

PONTICELLI, J. (2015), “Court Enforcement, Bank Loans and Firm Investment: Evidence from a Bankruptcy Reform in Brazil”, *Chicago Booth Research Paper*, No. 14-08.

PRADA GAYOSO, F., “La administración concursal”. *Número especial XVIII de Revista del Poder Judicial*, 2004, pp. 57-121.

PRAT ALBENTOSA, L., “La mediación (pre)-concursal, *Diario La ley*, nº 8264, Sección Tribuna, 5 de marzo de 2014.

PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 1985, 2ª ed., Tomo I.

PUELLES VALENCIA, J.M., Comentario al artículo 707 TRLC”, en VV.AA. *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, (Dir. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV, pp. 777-784.

PULGAR EZQUERRA, J., “Derecho europeo de reestructuraciones empresariales y Derecho de la competencia”, en *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 60, octubre-diciembre 2016, pp. 13-47.

- PULGAR EZQUERRA, J., “Acuerdos de refinanciación, acuerdos extrajudiciales de pagos, y Ley de emprendedores”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 20, 2014, pp. 43-72.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley (7151/2014)*, núm. 8391, Sección Doctrina, octubre de 2014, Año XXXV, Editorial La Ley 7151/2014.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Los presupuestos en la declaración del concurso de acreedores” en VV.AA. *Aspectos Jurídicos del nuevo Concurso de Acreedores*, MAIRATA LAVIÑA, J. (Coord) Vol. I, Madrid, ICAM, 2004, p. 161.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva (UE) 2019/1023”, *Diario La Ley* nº 9474, Sección Doctrina, 10 septiembre, 2019.
- PULGAR EZQUERRA, J., “Preconcursalidad y reestructuración empresarial”, *Wolters Kluwer*, Madrid, 2016.
- PULGAR EZQUERRA, J., en “La Ley 9/2015 de reforma urgente concursal: comunicación ex. art. 5 bis, ejecuciones singulares y compensaciones contractuales de derechos de crédito” en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 23, Madrid 2015, pp. 31-53.
- PULGAR EZQUERRA, J., *La reforma del Derecho concursal comparado y español (los nuevos institutos concursales y reorganizativos)*, Ed. Civitas, Madrid, 1994
- PULGAR EZQUERRA, J., Los presupuestos de la apertura del concurso, en *Jornadas sobre la Reforma del derecho Concursal Español*, Madrid, 2002, p. 16.
- PULGAR EZQUERRA, J., *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*, 2ª ed., Madrid, 2016.
- PULGAR EZQUERRA, J., “La reactivación de las sociedades profesionales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, número 32, *Thomson Aranzadi*, Madrid 2009, pp. 207-230.

QUIJANO GONZÁLEZ, J., “Comentario al artículo 30. Representación de las personas jurídicas administradores”, en VV.AA. *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EXQUERRA (dir), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 458-485.

- QUIJANO GONZALEZ, J., “Comentarios del artículo 27, condiciones objetivas para el nombramiento de administradores concursales”, en VV.AA. *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EXQUERRA (dir), Wolters Kluwer, Madrid, 2016, pp. 458-485.

- QUIJANO GONZALEZ, J., “La administración concursal” en VV.AA. *El concurso de acreedores*, (Dir. PULGAR EXQUERRA, J), ed La Ley, Madrid 2012, p. 226.

RAMOS MENDEZ, F., Derecho procesal civil, Barcelona, *Ed. Bosch*, 1992, Tomo I

RAMSAY, I. “Towards an International Paradigm of Personal Insolvency Law? A critical view”, *QUT Law Review*, Vol. 17, Nº 1, pp. 15-39.

RECAMÁN GRAÑA, E., Los deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis, *Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades* nº 45, Aranzadi, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M. M^a., «La intervención judicial en la suspensión de pagos», en *Derecho Concursal II* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 61-77.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, R., “La introducción del acuerdo extrajudicial de pagos y la figura del mediador concursal en la Ley concursal”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 135, 2014, pp. 233-259.

ROJO FERNANDEZ RIO, A., “La propuesta de Directiva sobre reestructuración preventiva”, *Anuario de Derecho concursal*, nº 42, 2017, pp. 99-111.

- ROJO FERNANDEZ-RIO, A., “Comentario al artículo 2”, en VV.AA. *Comentario de la Ley Concursal* (Dir. ROJO, A./BELTRAN, E.), t. I, Civitas, Madrid, pp. 164-193.
- ROJO FERNANDEZ-RÍO, A., “La representación del empresario”, en *Lecciones de Derecho Mercantil*, (Dir. MENÉNDEZ A., Thomson Civitas, 5ª ed., Madrid, 2008, pp. 193-210.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, A., *Comentario de la Ley Concursal*, T. I, Madrid, Thomson Civitas, 2004.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, A. y BELTRAN, E., “Comentario de la Ley Concursal”, Thomson Civitas, Madrid 2004.
- ROJO FERNANDEZ-RIO, A., “Las opciones del Anteproyecto de Ley concursal”, en estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, 1985, pp. 89-132.

RUIZ DE GORDEJUELA, L., «Procesos concursales», en *Derecho Concursal, Consejo General del Poder Judicial* (Cuadernos de Derecho Judicial), Madrid, 1992, pp. 64-66.

SAGRERA TIZÓN, J. M.^a, *Comentarios a la Ley de suspensión de pagos*, 2.^a ed., Barcelona, Bosch, 1989, vol. 1º, pp. 560-575.

SALGADO DE SOMOZA, F., *Labyrinthus concurrentium creditorum ad litem per debitorem communem inter illos causatam*.

SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J., “El acuerdo extrajudicial de pagos”, *Anuario de derecho concursal*, nº 32, mayo-agosto 2014, pp. 11-64.

- SANCHEZ CALERO-GUILARTE, J., *Nueva ley concursal*, 1ª ed, Lex Nova, Madrid, Julio 2003.

SANCHEZ MAGRO, A., “Auxiliares delegados y expertos independientes” en VV.AA. en *El procedimiento concursal en toda su dimensión*, (Dir. MARTIN MOLINA/DEL CARRE DIEZ-GALVEZ/LOPO LOPEZ), Madrid, 2014, pp. 83-90.

SANCHO GARGALLO, I., en su intervención en la Jornada sobre instrumentos de cooperación en los procedimientos de insolvencia transfronterizos, celebrada el 14 de febrero de 2020, se celebró en Madrid, en la sede de la Fundación Ramón Areces, disponible en <http://www.blog.fder.uam.es/2020/03/09/instrumentos-de-cooperacion-en-los-procedimientos-de-insolvencia-transfronterizos-acuerdos-y-protocolos/>.

SANJUAN MUÑOZ, E., “La figura del partitioner en los procedimientos de reestructuración preventiva: la importancia de la objetividad a la hora de extender sacrificios. Funciones” *Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente*, Wolters Kluwer, ASPAC (coord.), Madrid, diciembre 2020, pp. 195-224.

- SANJUAN MUÑOZ, E., “La naturaleza Jurídica del mediador concursal: Sistema alternativo de gestión en los supuestos de la insolvencia”, *Diario La Ley*, nº 8230, 16 de enero de 2014.

SCHMIDT, K., “Reestructuración empresarial: ¿una cuestión de derecho de sociedades o una materia de derecho concursal?, en *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 31, Madrid, 2019, pp. 367-374.

SENENT MARTINEZ, S., “Comentarios al artículo 236 Ley concursal”, en *Comentarios a la Ley concursal*, VV.AA. (Dir. PULGAR EZQUERRA, J.), Madrid, 2014, p. 2404.

- SENENT MARTINEZ, S., “Comentario del artículo 27” en *La nueva regulación concursal*, *Colex* 2004, p. 122-137.

SEUNG-HYUN L., YAMAKAWA Y., PENG, M.W. Y BARNEY, J.B., “How do bankruptcy laws affect entrepreneurship development around the world?”, *Journal of Business Venturing*, Vol. 26, Nº 5, 2011, pp. 505-520.

SHEKHAR A., BERGTHALER W., GARRIDO, J.M., ILYINA A., JOBST A., KANG K., KOVTUN, D., LIU Y., MONAGHAN D., y MORETTI M., 2015. A Strategy for Resolving Europe’s Problem Loans, *IMF Staff Discussion Note*, 15/19, September, p. 19.

SORIANO GUZMAN, F.J., “El deudor de buena fe”, en VV.AA. *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal*, IX Jornadas Concursales, Vitoria, 2020, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 679-688.

STANGHELLINI, L., “Creditori “forti” e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali”, en *Il Fallimento*, 2006, pp. 377 y ss.

TAPIA HERMIDA, A.J., “El seguro obligatorio de responsabilidad civil de los mediadores concursales”, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, nº 21, 2014, pp. 41-51.

THERY MARTÍ, A., “Los marcos de reestructuración en la propuesta de Directiva de la Comisión europea de 22 de noviembre de 2016 (II)”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 28, enero 2018, pp. 345-372.

TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 27” en VV.AA. *Comentario de la Ley concursal* (Dir. ROJO/BELTRAN), Thomson Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. Comentario a la Ley Concursal (ROJO/BELTRAN), Madrid, 2004, p. 569-590.

- TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 30” en VV.AA. *Comentario de la Ley concursal* (Dir. ROJO/BELTRAN), Thomson Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 630-649.

- TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 32,” en VV.AA. *Comentario de la Ley Concursal*, (Dir. ROJO/BELTRAN.), Thomson Civitas, Tomo I, pp. 645-667.

- TIRADO MARTI, I., “Comentario al artículo 33”, VV.AA. *Comentario de la Ley concursal* (Dir. ROJO/BELTRAN), Thomson Civitas, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pp. 668-680.

- TIRADO MARTI, I., “La recusación de los administradores concursales”, en *Los administradores concursales*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005.

- TIRADO MARTÍ, I., “La sindicatura concursal”, en VV.AA. *La reforma de la legislación concursal*, (Dir. ROJO, A.) Madrid, Marcial Pons, 2003, pp. 151-224.
- TIRADO MARTI, I., “Los administradores concursales”, *Thomson Civitas*, Cizur Menor, 2005.
- TIRADO MARTI, I., “Reflexiones sobre el concepto de interés concursal”, *Anuario de Derecho civil*, t. LXII, 2009, fasc. III, pp. 1055-1108.
- TIRADO MARTI, I., “Aspectos controvertidos del régimen jurídico de los administradores concursales. La nueva Ley Concursal”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 59, 2004, pp. 109-146.
- TIRADO, I., “La sindicatura concursal” en VV.AA. (Dir. ROJO, A.) *La Reforma de la Legislación Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 216.

TOMÁS TOMAS, S., “La profesionalización de la administración concursal en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre y su proyecto reglamentario”, *Anales de Derecho. Revista de la Universidad de Murcia*. Murcia, 2015.

TORRALBA MENDIOLA, E., “Las insolvencias transfronterizas en la unión europea: perspectivas jurisprudenciales y retos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, Vol. 11, nº 2, disponible en www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4963>.

UREÑA MARTINEZ, M., “Comentario al artículo 37” en BERCOVITZ (Coord.) *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo I, Tecnos, Madrid 2004, p. 347

URIARTE CODON, A., Respuestas de Aner Uriarte a la “Consulta pública sobre la Directiva sobre reestructuraciones y segunda oportunidad”, entrevistas del *Diario La Ley*, 17.11.2019, disponible en: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2019/12/20/respuestas-de-aner-uriarte-a-la-consulta-publica-sobre-la-directiva-sobre-reestructuraciones-y-segunda-oportunidad>.

VALPUESTA GASTAMINZA, E., “Comentario al artículo 30 LC”, en *Comentarios a la legislación concursal* (Dir. PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G), tomo I, Madrid 2014, pp. 554-555.

- VALPUESTA, “Comentario al artículo 27” en VV.AA. (Dir. CORDON), *Comentarios a la Ley concursal*, pp. 275 y ss.

VAQUER MARTIN, en la conferencia pronunciada en Vitoria el día 9 de junio de 2017, en el seno de las VI jornadas concursales organizadas en Vitoria, por el despacho Zubizarreta.

- VAQUER MARTIN, F.J., “El órgano de administración concursal. Modelos actuales de designación y futuro modelo en la legislación suspendida”, Conferencia impartida en el V Foro concursal del TAP, Bilbao 13 de diciembre de 2015, disponible en: <http://www.icjce-euskadi.com/Vforoconcursal/FCOJAVIERVAQUER.pdf>
- VAQUER MARTIN, F.J., “Sobre la designación de la administración concursal. La conclusión y la rendición de cuentas”, en *El concurso y la conservación de la empresa. La armonización del derecho regulador de la insolvencia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.151-169.

VAZQUEZ ALBERT, D. en VV.AA. “Comentarios a la Ley de Sociedades Profesionales. Régimen Fiscal y Corporativo”, *Ed. Thomson-Aranzadi Aranzadi, Cizur Menor*, 2007.

VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, DIJUSA*, Madrid, 2000, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 4ª, de 26 de abril de 1980.

VAZQUEZ PIZARRO, M.T., “Artículo 59”, en VV.AA. *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley Concursal*, (Dir. PEINADO GARCIA-SANJUAN MUÑOZ), editorial Sepin, Madrid 2020, tomo I, pp. 449-454.

VELA TORRES, P.J., “La rendición de cuentas de la administración concursal”, *Revista de Derecho Concursal y paraconcursal*, nº 30, 2019, pp. 21-34.

VÉLAZ NEGUERUELA, J.L., «La administración concursal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 3, 2012, pp. 147-154.

VERDUGO GARCIA, J., “Órganos del concurso: la administración del concurso”, *Comentarios a la Ley Concursal, Marcial Pons*, 2004, pp. 441-482.

VICENTE ILLESCAS, A., “Comentario al artículo 27” en *Derecho concursal práctico, La Ley-Iurgium editores*, 2004, p. 165.

VILLENA CORTES, B., “Comentario al artículo 27”, en *Ley concursal comentada, El Derecho grupo Francis Lefebvre*, 2014, pp. 143-144.

YANES YANES, P., “Comentario al artículo 709 TRLC” en *Comentarios al articulado del texto refundido de la Ley concursal*, en VV.AA. (Dir. PEINADO GRACIA/SANJUAN MUÑOZ.), ed. SEPIN, Madrid, 2020, tomo IV, pp. 785-793.

- YANES YANES, P., “La reforma (inacabada) de la administración concursal en el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Madrid 2009, pp. 109-121.

- YANES YANES, P., “La Administración Concursal”, *Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, VV.AA. (Dir. GARCIA-ALONSO-PULGAR), editorial Dilex, Madrid 2003, pp. 75-92.

YANGUELA CRIADO, R., “El nuevo perfil del concurso de la persona física, el camino procedimental consecutivo”, *El concurso y la conservación de la empresa. Hacia un nuevo orden concursal. La Conservación de las empresas a la luz del texto refundido de La Ley concursal, IX Jornadas Concursales*, Vitoria, 2020, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 625-645.

YÁÑEZ VIVERO, F., “Herencia” en VV.AA. (Dir. BELTRÁN SÁNCHEZ, E., GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A) *Enciclopedia de derecho concursal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, vol.2, pp. 1677-1699.

ZAMBRANA MORAL, P., Iniciación Histórica al derecho Concursal: Planteamientos institucionales, *Universidad de Málaga*, 2001.