

## Área concursal

---

*Por Aurelio Gurrea Chalé, presidente de Dictum Abogados, presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Concursal y presidente de honor de Apacsa.*

### Insolvencia y administración concursal, la asignatura por aprobar

**E**n estos tiempos convulsos, no solo por la crisis sanitaria ocasionada por la Covid 19, sino por la crisis económica que ésta conlleva, la figura de un buen gestor se agranda. De un buen gestor, porque, en caso de insolvencia de las empresas, la especialización de un administrador concursal<sup>1</sup> es fundamental para llevar a cabo con éxito, si no la continuidad de la misma, al menos, de alguna de sus unidades productivas en una buena liquidación. Y decimos en una buena liquidación, porque no es extraño percibir en los conversatorios con personas relacionadas con el Derecho mercantil y especialmente con el concursal, que, confundiendo “empresa” con “sociedad”, piensan que “el convenio es la solución normal del concurso” -como dice el la Exposición de motivos de la Ley concursal -, cuando, en España está demostrado, que en la inmensa mayoría de ocasiones, ni es solución, ni, mucho menos, normal. Una buena liquidación puede ser mucho mejor que un convenio, ya que este último es utilizado, en multitud de ocasiones, de forma espuria para evitar la calificación culpable del concurso. Mientras que en una liquidación se pueden vender la empresa (que no la sociedad)

como unidad productiva y apartar a los malos administradores que han dejado a la empresa en insolvencia, ya que son sustituidos por lo nuevos que la adquieren y que, por regla general, han estudiado la viabilidad de ésta antes de comprarla.

Pues bien, el órgano catalizador de toda esta operativa en la liquidación y su resolución de forma positiva, es el administrador concursal con la aprobación del juez que entiende del procedimiento. Ya que no solo debe plasmar en el plan de liquidación como va a realizar los activos, incluyendo todas las formas legales admisibles, sino que ha de llevarlo a cabo de la mejor manera y en el menor tiempo posible.

Pero, no solo se ha de comportar como un técnico cualificado en la elaboración del plan de liquidación, en su puesta en marcha y finalización; sino que en la fase común, caso de intervención de facultades del deudor, ha de convertirse en su asesor técnico en la explotación de la actividad si ésta continúa, o bien en la conservación y mantenimiento de los activos si se fuese ir a liquidación.

Además de esta especialización técnica, el administrador concursal ha de atesorar unas

cualidades humanas y éticas<sup>2</sup> que le permita llegar a buen fin con un procedimiento de intereses encontrados de las partes.

Pero, llegados a este punto, donde la pandemia hace estrago no solo en las personas, sino en la forma de actuar de éstas y la forma de trabajar y limitaciones que el virus ha impuesto, se nos complica el trabajo a todos los operadores jurídicos y económicos que nos dedicamos al Derecho concursal, con la “aparición por sorpresa” del Texto Refundido de la Ley Concursal; con lo que la consabida, y, muchas veces deformada, frase de San Ignacio de Loyola *“En tiempo de desolación nunca hacer mudanza, más estar firme y constante en los propósitos y determinación en que estaba el día antecedente a la tal desolación”*. Nos viene como “anillo al dedo” para expresar nuestra, nunca mejor dicho, “desolación”, por la forma de actuar, no solo de nuestros legisladores al haber hecho un texto, no solo “refundido”, sino “corregido” con también algún perjuicio para los administradores concursales; sino por nuestro Gobierno al sacarlo en este “tiempo de desolación”. Texto, que varía notoriamente el modelo de Ley concursal que tenemos en vigor, sin embargo en este aspecto, es para bien; aunque lo que criticamos es que no resulta el momento adecuado de poner en vigor una norma de 752 artículos para refundir otra de unos 245 artículos aproximadamente, contando los “bis”. No es el momento que en tiempo de desolación, se hagan mudanzas, y menos de normas legislativas. Esto complicará mucho más los procedimientos, no solo por el estudio de la nuevo texto y su encaje en el procedimiento, sino también. Porque, a nivel informático y procesal, habrá que cambiar los programas que utilizan los juzgados para su “puesta en escena”.

Pero yendo a la “asignatura por aprobar”, el tratado en el TRLC a la administración concursal, podemos decir de él que nuevamente el legislador, como ha venido haciendo en todas las reformas que ha experimentado la Ley, le ha perjudicado a medida que ido trascurriendo el tiempo con referencia a la redacción del primer proyecto confeccionado por la Ponencia especial de la sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación; que, ya de por sí, perjudicaba a la administración concursal al considerar crédito contra la masa su retribución, que estimamos que no lo es; como no lo es la retribución de un abogado que se encargue del cobro de deudores, como ha establecido el Tribunal Supremo (TS) en sentencia 226/2017 de 6 de abril, aplicando una tesis, que nosotros venimos defendiendo, y que consiste en emplear de alguna forma la regla de ‘gastos de la masa’ y ‘obligaciones de la masa’. Se trataba de una impugnación de la Tesorería General de la Seguridad Social (como no), de un pago realizado por la administración concursal a un abogado que estaba haciendo reclamaciones a deudores del concursado. Se pronuncia nuestro más Alto Tribunal en el siguiente tenor:

*« (...) En nuestro caso, es muy llamativo que uno de los pagos impugnados sea el del crédito del abogado que se encargó de las reclamaciones judiciales que permitieron ingresar en la masa 23.800 euros. Este pago, que ascendía a 2.695 euros, se hizo el 27 de marzo de 2013, después de que se hubiera logrado por aquel el ingreso. En este caso, sí cabe hablar de un gasto **pre-deducible** al pago de los créditos contra la masa bajo la regla del art. 84.2 LC.”*

*Esta regla está en consonancia con lo regulado en el art. 54.4 LC, cuando prescribe que los acreedores que ejerciten de forma subsidiaria una acción del concursado de contenido patrimonial, aunque lo hagan a su costa, si obtienen una*

*sentencia estimatoria, «tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme». Subyace a esta norma, una regla de justicia: si ese gasto ha servido para incrementar la masa activa, debe satisfacerse -siempre que su cuantía sea razonable y proporcionada- con cargo a lo obtenido, a modo de gasto **pre-deducible** (...)*”.

En primer lugar, hemos de decir que, bajo nuestro humilde punto de vista, el TS erró al decir que la actuación del abogado en el cobro de unas deudas incrementa la masa activa, porque no es así, incrementa la liquidez, pero la masa activa sigue igual. Pero lo más importante a nuestro juicio, es que se paga con prioridad al apoderado pero no al poderdante, que es el que tiene el trabajo de liquidar la masa activa: la administración concursal, órgano que le facultó para hacer la gestión de cobro. No lo podemos entender. El administrador designado por el juzgado, que es el que toma las decisiones de cobrar o no cobrar, de gestionar el patrimonio, de apoderar, de escriturar, de registrar, etc. ¿no tiene preferencia su retribución sobre los honorarios del abogado, del procurador, del notario, del Registrador, que actúan a su instancia? Nos parece absurdo a todas luces. Al menos esta deuda de la masa debería estar en el mismo plano que las otras necesarias para el buen fin del concurso ¿Por qué han de estar unas sí y la del órgano de gestión y administración del concurso no, si es el que ordena, ejecuta o apodera para su ejecución? Lo dicho: absurdo y fuera de toda lógica. Un auténtico despropósito de nuestros legisladores que no consiguen aprobar la “asignatura pendiente” sobre la administración concursal.

<sup>1</sup> La experiencia integral de los aspectos jurídicos y económicos que rodean al fenómeno de la insolvencia, resulta difícilmente abarcable por un único profesional -ya se trate de un profesional de la rama económica o, en su caso, de un jurista- que no se encuentre debidamente especializado. Ahora bien, la especialización concursal exige una serie de conocimientos en materia de contabilidad, finanzas, administración de empresa, Derecho civil, mercantil, procesal, laboral y fiscal 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. Por ello, al objeto de lograr dicha especialización, y junto a la -ya establecida- experiencia mínima de cinco años, la nueva reforma concursal ha optado por exigir una formación especializada en Derecho concursal a aquellos abogados que quieran ejercer el cargo de administrador concursal (art. 27.1-1º); o, en términos similares, se exija una especialización demostrable en materia concursal para los economistas, titulados mercantiles y auditores de cuentas que pretendan desempeñar el cargo de administradores concursales (art. 27.1-2º). A. GURREA CHALÉ «Hacia la profesionalización de la administración concursal». Legaltoday. Mayo, 2012.

<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/hacia-la-profesionalizacion-del-administrador-concursal>

<sup>2</sup> Vid. A. GURREA CHALÉ. «El administrador concursal debe tener cualidades técnicas, humanas y éticas». Legaltoday. Septiembre, 2011.

<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/concursal/el-administrador-concursal-debe-tener-cualidades-tecnicas-humanas-y-eticas>