

Doctrina

Por Juan Carlos Rodríguez Maseda, abogado y socio fundador de Dictum.

Reflexiones sobre el tiempo y el concurso. El reproche en forma de separación del cargo del administrador concursal

El tiempo. El movimiento esencial que discurre, como decía Aristóteles, entre lo precedido y lo sucedido. El tiempo que, sin mayor profundización, lo identificamos como movimiento. Como sucesión de hechos y actos que transcurren, que nos absorben hasta que nos hacen desaparecer.

Su tiranía es directa. Nos esclaviza. Nos determina a acompasar nuestra voluntad, nuestras decisiones, a su devenir, en ritmos, muchas veces marcados en función de voluntarismos difícilmente explicables. Científicamente no explicados.

El Estado abusa, habitualmente, de los individuos. Pero, especialmente, cuando nos marca tiempos. Cuando sin mayor justificación técnica o científica decide en plazos, determinando el ritmo de nuestra vida. De nuestra economía. De nuestro patrimonio.

Es un abuso, sin justificación técnica o jurídica, pretender que todo tipo de liquidación societaria, empresarial, en un proceso judicial, concursal, deba concluirse en el plazo máximo de un año. En el año 2019, en el procedimiento ordinario, el tiempo medio necesario para conseguir la mera aprobación de un plan de liquidación se ha fijado

en 175 días¹. Casi medio año. ¿Cómo puede un Administrador Concursal desarrollar la difícil labor de acometer la realización de todos los bienes, de todo el activo, en el pretendido y voluntarista plazo de un año? Es irreal en la mayoría de los supuestos. Por ello, la dura dicción legal debe ser moderada por los jueces, aprovechando el marco de discrecionalidad judicial, que obliga al Juez a introducir un criterio de moderación y de adaptación al caso concreto, de esa pretensión legislativa de acometer el tiempo de liquidación de una empresa en el áureo plazo de un año.

Pero como somos juristas, nuestras reflexiones deben bajar a la Ley. Nos encontramos con el artículo 100 del Texto Refundido de la Ley Concursal, que dice 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.*

Agregando una máxima que se convierte en un verdadero postulado: *en todo caso será causa de separación del administrador el incumplimiento*

grave de las funciones de administrador. No cabe duda que cuando un administrador concursal incumple gravemente sus funciones debe ser separado. Quizás este concepto jurídico indeterminado, que es el identificado como incumplimiento grave, sea demasiado amplio. Es decir, quizás, demasiada discrecionalidad judicial, para un tema de gestión que a quien perjudica, realmente, es a los acreedores. Acreedores que no son parte, que no participan en la posible decisión del juez sobre el cese del administrador concursal. Quizás, una evolución de la norma no sea, como hemos indicado, su automatización, sino la necesidad de que, al menos, opinen los acreedores.

Como bien indica BLAS ALBERTO GONZÁLEZ NAVARRO², una de las finalidades fundamentales de la original y aún muy recordada Ley 22/2003, Concursal ha sido la de garantizar la celeridad y eficacia del proceso concursal. Por ello, decía este autor, se impone el plazo de un año desde la apertura de la fase de liquidación, previsto con carácter general en el artículo 153 de la ya derogada Ley Concursal, hoy artículo 427 del Texto refundido, que considera una dilación digna de producir la separación y responsabilidad de los administradores concursales y su consiguiente responsabilidad aquella que se prolongue por encima del año. Destacando también la penalización derivada del arancel de los administradores, que les sanciona con un detrimento en sus retribuciones desde el 10% de los primeros seis meses de liquidación a un 5% desde el séptimo mes. Señala este autor que, si todo ello se aúna, cabe comprender porque una de las tendencias más claras en la aplicación de la legislación concursal ha sido la de tratar de anticipar en lo posible las operaciones liquidatorias, es decir, liquidar en plena fase común. A la Ley 38/2011 y a su Exposición de Motivos nos remitimos.

Se suele indicar que la indebida prolongación suele determinar el resultado práctico de que la masa activa se agota en el pago de honorarios a los profesionales que intervienen en el procedimiento. Pero, se podría considerar que sacrificar la justa retribución de un profesional -o varios- intervinientes en el concurso para que los acreedores reciban, finalmente, insignificantes porcentajes de sus créditos, cuestiona la eficacia de todo el proceso. Si se quiere celeridad, habrá que pagarla.

Estudiando esta norma, nos dice EMILIO BELTRÁN, que encuentra su antecedente más cercano en las normas sobre liquidación de la Ley de Sociedades de Capital, que trata de limitar la duración, no solamente del cargo de liquidador, sino también del período de liquidación de la sociedad, estableciendo una regla especial en materia de nombramiento y separación³. La legislación concursal pretende imprimir ritmo adecuado a la liquidación, como elemento esencial de favorecimiento a todos los intereses comprometidos en el concurso, pudiendo el órgano judicial moderar este elemento objetivo del plazo, valorando la concurrencia de “justa causa”. Como vemos, la discrecionalidad judicial protagoniza todo el régimen de valoración de la actuación del órgano de administración concursal. Está bien, como vemos, la discrecionalidad judicial. Nuestros jueces de lo mercantil han demostrado el nivel técnico requerido para su aplicación adecuada. Nuestra crítica se ciñe al olvido del resto de agentes, especialmente, de los acreedores.

ESPERANZA GALLEGO⁴ opina sobre el artículo 153 de la derogada Ley Concursal, hoy 427 del Texto Refundido, que constituye una especificación de la vertiente cuantitativa del deber de diligencia impuesto con carácter general a los miembros del

órgano de administración concursal, obligando a ocuparse positivamente de las funciones encomendadas, lo que incluye, según esta autora, el mantenimiento de un grado de atención y dedicación proporcionado a la función considerada, esto es, un deber de dedicación del tiempo que sea preciso para el desarrollo de aquella.

IBÓN HUALDE⁵ centra la atención en los informes trimestrales de liquidación. Analizando el artículo 152 de la Ley Concursal, hoy 423 del Texto Refundido, señala que al objetivo de acelerar los trámites liquidativos, también coadyuva la obligación de aportar, con intervalo trimestral, los informes que arrojen los datos precisos para conocer el estado de la liquidación. Especialmente la relación de créditos contra la masa y su vencimiento. La relevancia de esta obligación la ratifica el apartado segundo del artículo 423, al establecer que el incumplimiento de esta obligación podrá determinar la separación de la administración concursal y la exigencia de la responsabilidad si ese incumplimiento hubiera causado daño a los acreedores.

Recuerda IBON HUALDE, en su profundo estudio sobre la posición de la administración concursal en la fase de liquidación, que si los administradores concursales no son capaces de evidenciar la concurrencia de un motivo que ampare la infracción de su obligación de terminar la liquidación en el plazo de un año, el órgano judicial, irremediablemente, resolverá su cese. Así resalta el tenor categórico del artículo 153.2 de la Ley Concursal (hoy 427 TRLC), hasta concluir que en el supuesto de prolongación indebida de la liquidación, la contundencia de la norma elimina toda posibilidad de discrecionalidad judicial. Sin embargo, a pesar de su siempre muy autorizada opinión, el marco de discrecionalidad es muy amplio. Y muy necesario. La práctica avala esta

consideración puesto que son muchos los autos de los órganos judiciales que, al amparo de esa discrecionalidad, adoptan decisiones que soportan retrasos que, eventualmente, podrían ser considerados verdaderamente negligentes.

La norma, en nuestra opinión, no establece un carácter objetivo o automático, puesto que como ha destacado SACRISTÁN REPRESA⁶, la posibilidad de que haya causa justificada constituye un elemento que solo puede ser apreciado por el juez, y que condiciona ese inicial aparente automatismo. Automatismo que, en todo caso, adquiere consistencia si lo vinculamos con un derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24 CE). De ahí la trascendencia de este tema que afecta, esencialmente, al deudor y a los acreedores, en clave constitucional.

El artículo 424 del Texto Refundido de la Ley Concursal dice que *cada tres meses, a contar de la apertura de la fase de liquidación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe sobre el estado de las operaciones. A ese informe se acompañará una relación de los créditos contra la masa, en la que se detallarán y cuantificarán los devengados y pendientes de pago, con indicación de sus respectivos vencimientos*. El informe trimestral es el único elemento objetivo del que disponen los acreedores para evaluar la labor del administrador concursal y, con carácter fundamental, evaluar las posibilidades de cobro de sus créditos. En base a estos informes, podrán adaptar las dotaciones patrimoniales en sus balances. He aquí su relevancia patrimonial. Por ello, la norma de forma clara y contundente dice que el *incumplimiento 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*. “Podrá” determinar la separación. No

lo establece de forma automática. Ni siquiera indica o evalúa el incumplimiento parcial, es decir, la situación, tan habitual, de informes “trimestrales” cada seis meses o anuales. ¿Estaríamos, en este supuesto, ante incumplimiento grave? Nos parece que toda esta regulación resulta demasiado inquisitiva. Debería la norma establecer un cauce de participación, al menos, para los acreedores, habitualmente agentes del mismo sector económico del sector, que pueden aportar la experiencia necesaria y el criterio técnico, en su caso, para que el Juez pueda evaluar la dimensión práctica del incumplimiento.

La consecuencia de incurrir en la prolongación indebida de la liquidación es, según el artículo 428 DEL Texto Refundido de la Ley Concursal, la pérdida del *derecho a percibir las retribuciones devengadas, debiendo reintegrar a la masa activa las cantidades que en ese concepto hubieran percibido desde la apertura de la fase de liquidación.*

En el fondo de toda esta regulación, de la mano del artículo 80 del Texto Refundido, nos acercamos a los deberes de diligencia y lealtad, inherentes a un ordenado administrador y un leal representante. El artículo 94 del Texto Refundido de la Ley Concursal nos recuerda que *los administradores concursales y los auxiliares delegados responderán frente al concursado y frente a los acreedores de los daños y perjuicios causados a la masa 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.*

En todo caso, destaca que debemos estar en presencia de incumplimientos graves. Retraso relevante, en función de la realidad patrimonial del concurso. De ahí la exigencia al órgano judicial de que valore estrictamente la concurrencia de justa causa; que no podrá basarse en opiniones o alegaciones subjetivas de la administración

concursal. En sus excusas, realizadas en términos de defensa. El órgano judicial deberá profundizar en la realidad del trabajo en función del caso concreto. ¿Pero quién informa al órgano judicial? Si no son parte los acreedores, si no se les consulta, el Juez pierde la referencia inherente a los agentes que sufren las consecuencias directas de los incumplimientos de la Administración Concursal.

Dispone el artículo 101 del Texto Refundido de la Ley Concursal que en todos los casos de cese de un administrador concursal, el juez procederá de inmediato a efectuar un nuevo nombramiento. Un problema para muchos órganos judiciales la búsqueda de un administrador concursal mejor, más eficiente. Al cese y al nuevo nombramiento se dará la misma publicidad que hubiera tenido el nombramiento del administrador concursal sustituido. Ex artículo 102 del Texto Refundido de la Ley Concursal el juez exigirá una completa y exhaustiva rendición de cuentas al administrador cesado en tanto no ha concluido el concurso, en el plazo máximo de un mes.

Reseñamos en esta opinión el Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, Auto de 10 octubre de 2016 (JUR 2016\221030), que parte de un supuesto en el que el administrador solo presentó un informe trimestral en el plazo de un año⁷, cinco meses después de la aprobación del plan de liquidación. Es calificado como un incumplimiento grave. Además, este Auto estima la separación en base a un incumplimiento adicional, en su fundamento cuarto: *“En todo caso, encontramos otra causa por la que procede el cese del administrador concursal designado, consistente en la prolongación indebida del periodo de liquidación, por haber transcurrido más de un año desde la apertura de esta fase, sin que se hubieran finalizado las operaciones liquidatorias. Estaríamos en el marco del artículo*

153 de la Ley Concursal, aquél que prevé la separación por prolongación indebida de la liquidación, al considerar que ello supone una justa causa para el cese o separación de la administración concursal, en consonancia con el artículo 37 del mismo texto legal. Un precepto que contiene una máxima a la que anuda determinadas consecuencias. La primera es que, en un estándar de idoneidad, el proceso de liquidación concursal no debe prolongarse más allá de un año, transcurrido el cual, se podría acordar la separación de la administración concursal. Pero esta separación no ocurre de forma directa y automática una vez superado ese término, sino que requiere un análisis de las causas por las que se ha producido una prolongación más allá del periodo antedicho. Y solo tras ese análisis, cuando se constate la inexistencia de justificación, es cuando podría adoptarse la decisión de separación con las consecuencias legales inherentes a dicha decisión”.

Por último, procede reseñar el trabajo publicado por NURIA FACHAL⁸ en la obra “Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente”, en el que analiza, con su habitual rigor, la concurrencia de las dos esenciales causas que, en este caso, son objeto de análisis. En primer lugar, el incumplimiento del deber de presentación de los informes trimestrales. Destaca que la relevancia se fundamenta en la concurrencia de un déficit informativo. Ciertamente implica que, con su actuación, el administrador concursal abdica de sus funciones y evita que la información llegue a los acreedores. En segundo lugar, analiza la autora la prolongación indebida de la liquidación, vinculándolo a la anterior por déficit informativo, reseñando como relevante *las demoras injustificadas en la promoción de actuaciones o adopción de decisiones por la administración concursal causantes de una*

potencial lesión a los créditos reconocidos en el concurso.

En definitiva, podemos concluir:

1) Que en la práctica podemos observar que los supuestos de incumplimiento de la obligación de elaborar los informes trimestrales, puntualmente, incurren, asimismo, en retrasos relevantes y negligentes en la dinámica liquidatoria. De ahí la importancia de este instrumento, que debe operar como una verdadera autoevaluación protagonizada por el propio administrador.

2) El incumplimiento total o parcial de la obligación de elaborar y presentar los informes trimestrales carece de cualquier tipo de justificación. Debería ser considerado siempre, un incumplimiento grave; excepto en casos de mero retraso que no implique pérdida o limitación de la información.

3) Nada impide que los órganos judiciales, antes de consagrar un incumplimiento grave y adoptar la decisión de separación, concedan un plazo de cinco o diez días a los acreedores personados a fin de que aporten su relevante opinión, en el proceso.

El tiempo, a pesar de su tiranía, es presupuesto de eficacia. Pero no siempre. De ahí la extraordinaria labor que nuestros Jueces de lo Mercantil protagonizan día a día, aportando su relevante criterio técnico en la aplicación del vacuo voluntarismo del legislador.

¹ <https://es.statista.com/estadisticas/580381/tiempo-en-aprobar-un-plan-de-liquidacion-en-un-concurso-por-procedimiento-espana/>

² González Navarro, B.A. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2010, Comentario, 2010.

³ Uría R, Menéndez A y Beltrán E. “Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada”, en Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, T XIV, vol 4, Civitas, Madrid, 1998.

⁴ Gallego Sánchez, E. “La administración concursal”, en Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia, Marcial Pons, Madrid, 2005.

⁵ Hualde López, I. Régimen jurídico de la administración concursal en la fase de liquidación del concurso, Thomson Reuters Civitas, Pamplona, 2009.

⁶ Sacristán Represa, M. “Comentario a los artículos 152 y 153”, en Comentarios a la Ley Concursal (PULGAR EZQUERRA), Dykinson, Madrid, 2004.

⁷ Dice esta resolución judicial: (...) En relación con los informes trimestrales, el auto de 16 de septiembre de 2016, dictado por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, nos viene a recordar que la presentación de los informes trimestrales de liquidación por parte de la administración concursal constituye un deber legal, “que evidencia una voluntad de transparencia en el procedimiento de liquidación, pues contribuyen a dar a conocer si se actúa con la diligencia debida en la marcha de las operaciones de liquidación y que facilita, a su vez, el cumplimiento del deber de rendición de cuentas”. En función de este deber legal, la mencionada resolución entiende que la no presentación de dichos informes supone una contravención de los deberes de la administración concursal que conducen a declarar la existencia de un incumplimiento de las funciones encomendadas a ésta; y no cualquier tipo de incumplimiento, sino uno de naturaleza grave, por la finalidad antedicha (...).

⁸ FACHAL NOGUER, Nuria. “La Administración Concursal. Certezas e incertidumbres en el desempeño del cargo”, en Hacia un nuevo modelo de administración concursal eficiente, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.