

Ignacio Tirado

*Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid*

El sistema de elección de los administradores concursales

SUMARIO

- I. CONSIDERACIÓN GENERAL
 - II. LA DISCRECIONALIDAD EN EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL
 - III. EL SISTEMA DE LISTAS—1. *El régimen jurídico básico de las listas*—2. *Los problemas en la elaboración de las listas y la necesidad de reglamentación adecuada*
 - IV. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES. EL PROBLEMA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES
-

I. CONSIDERACIÓN GENERAL

Uno de los primeros problemas que están surgiendo en la aplicación de la incipiente Ley concursal se encuentra en el sistema de nombramiento de los administradores concursales. En parte por la inercia arrastrada de la normativa derogada, en parte por la existencia de una regulación que deja abiertos muchos flecos, el modo en que se produce la elección, nombramiento y aceptación de los miembros del órgano de administración del concurso exige la clarificación de algunos aspectos.

Como es sabido, el juez del concurso debe nombrar a los administradores concursales en el auto de declaración del concurso (art. 21.1-2º LC)¹. Con

¹ En realidad debe nombrar necesariamente a los dos miembros técnicos, mientras que el miembro acreedor será designado *tan pronto como conste la existencia de sujetos con créditos ordinarios o con privilegio general* no garantizado (art. 27.1.3 *in fine* LC). En efecto, la inexistencia de una lista fija inicial hace que la designación del miembro acreedor resulte más problemática. La expresión legal es poco precisa y deja abiertas distintas interpretaciones. La *constancia* no puede entenderse como absoluta certeza, pues, de lo contrario, no podría nombrarse el tercer miembro hasta el trámite de reconocimiento y clasificación (momento en que se habrá ya determinado ciertamente la existencia y la condición concursal de los créditos). Esta solución supondría de hecho el funcionamiento de una administración bimembre durante una parte importante del concurso, lo que iría en contra del modelo legalmente elegido, perdiéndose la función de control del tercer miembro y favoreciendo la aparición de los problemas funcionales propios de un órgano de dos personas (bloqueo en la toma de decisiones, etc.). La interpretación correcta tampoco se encuentra en el extremo opuesto: el juez no tiene la obligación de designar al primer candidato de cuya existencia tenga constancia. Ello sería especialmente peligroso puesto que, en un primer momento, los datos normalmente provendrán de la documentación del deudor (arts. 6.2-4º y 21.1-3º LC), que podría haber pactado algún tipo de relación con el titular del crédito. La solución debe encontrarse poniendo en común el diseño orgánico elegido por el legislador con el sistema de nombramiento. La administración debe integrarse por tres miembros cuyas características concretas han de ser adecuadas a las circunstancias del procedimiento concreto. En consecuencia, el juez deberá proceder a la elección lo antes posible, pero siempre y cuando haya encontrado a un candidato que cumpla con las exigencias del concurso, tanto las mínimas generales (requisitos legales de los arts. 26, 27 ó 33 LC) como las específicas que se derivan de la naturaleza del proceso que se ha abierto. Es posible –y normal, en el concurso voluntario– que esto acontezca en el momento inicial, es decir, que de la información disponible en el momento de apertura surjan varias personas que reúnan los requisitos. Sin embargo, de no ser así (porque, por ejemplo, los acreedores ordinarios o generalmente privilegiados conocidos planteen dudas en torno a su posible incompatibilidad, a una eventual relación no declarada con el deudor o, más comúnmente, porque ninguno de ellos parezca interesado en el cargo), el órgano judicial podría esperar a la aparición de nuevos candidatos que vayan insinuando el crédito. Cuando los acreedores han solicitado el concurso, en principio el juez no dispondrá de lista o de información alguna sobre los restantes acreedores. Sin embargo, desde la solicitud hasta la declaración de apertura del procedimiento dispondrá de más tiempo para obtener la información

el sistema de designación judicial se consolida legalmente una solución que había sido prevista por todos los textos prelegislativos que han precedido a la Ley y se eliminan todos los problemas que ocasiona la elección por los acreedores. Con la atribución al órgano judicial de esta competencia se evita la existencia –necesaria de otro modo– de un administrador interino, se previenen los problemas derivados de la falta de adecuación de la primera junta de acreedores (desconocimiento de la composición del pasivo y existencia de una situación de «caos» que puede facilitar los comportamientos fraudulentos) y, además, se ahorran costes a la masa (aquellos que resultan inevitablemente de la convocatoria y celebración de la asamblea, o de los métodos de información sobre los candidatos, entre otros). Además, y no menos importante, la elección judicial encaja a la perfección con el diseño de un órgano de administración aséptico, que persiga el interés del concurso con total independencia de los intereses de los distintos grupos de acreedores y, por supuesto, del deudor².

II. LA DISCRECIONALIDAD EN EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL

Más problemático resulta determinar cómo debe realizarse el nombramiento. La alternativa se plantea entre un sistema automático de designación y uno de verdadera elección selectiva por parte del juez. A favor del primero militan esencialmente argumentos funcionales: una mayor simplici-

por el trámite previo previsto por la Ley. Se ha argumentado que una posible solución a este problema funcional sería que el juez solicitase al deudor la aportación de la contabilidad o de una relación de acreedores, bien en la vista previa, bien en el trámite de emplazamiento (v. MORRAL, R., *Comentario al art. 27*, en SAGRERA, J. M., SALA, A. y FERRER, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, pgs. 334-335).

² En el debate que precedió al proceso de reforma alemán afloraron algunas críticas a la elección de un sistema de designación judicial. Los acreedores –se argumentaba– son los «verdaderos dueños» de la empresa insolvente y, por tanto, son ellos los que deben elegir al administrador, del mismo modo que cualquier persona tiene derecho a elegir a quien gestiona sus intereses (v., por todos, KÜBLER, B., *Die Stellung der verfahrensorgane im Lichte der Gläubigerautonomie*, en KÜBLER, B. (Hrsg), *Neuordnung des Insolvenzrechts*, Köln, RWS, 1989, pgs. 64 y ss). Sin embargo, este enfoque fue calificado de excesivamente simplista, pues parecía olvidar las diferencias y los conflictos existentes entre los propios acreedores (así, por ejemplo, UHLENBRUCK, *Grundzüge des Entwurfs einer neuen Insolvenzordnung*, BB 1989, pg. 437). El sistema inicialmente adoptado por la Ordenanza alemana, que contemplaba un nombramiento inicial por el juez, pero otorgando a los acreedores la posibilidad de cambiar al nombrado en la primera junta, junta en la que votaban también los acreedores con garantía, tuvo que ser cambiado por los problemas que presentaba en la práctica: los acreedores profesionales elegían a «su administrador» y se producían importantes problemas de litigiosidad interna, pues se había creado una gran desconfianza hacia el órgano por parte de los restantes miembros de la masa pasiva. Como muestra de este cambio, también observado y recomendado por la doctrina, valgan las consideraciones de MAROTZKE, inicialmente partidario del nombramiento en junta: v. MAROTZKE, W., *Unabhängiger Insolvenzverwalter, Gläubigerautonomie, Gläubigerhypertrophie*, ZIP núm. 5, 2001, pg. 173 y, con mayor alcance crítico, MAROTZKE, W., *Gläubigerautonomie, ein modernes Missverständnis*, en Gerhardt/Haarmeyer/Kreft (Hrsg), *Insolvenzrecht im Wandel der Zeit*, ZAP-Verlag, 2003, pgs. 321 y ss.

dad (sorteo)³ y la imposibilidad de que el nombramiento se concentre en unos pocos, lo que supone la eliminación radical de uno de los problemas fundamentales del Derecho derogado⁴. Los argumentos a favor del segundo son, a nuestro entender, mucho más sólidos. Un primer argumento es el silencio legal. La Ley se limita a señalar que el juez nombrará a los administradores de los inscritos en unas listas (arts. 21.1, 27.1 y 3), sin mención alguna a un orden necesario o a un sistema externo de designación. Este silencio debe leerse conjuntamente con otros datos. En primer lugar, con el propio *iter legislativo* del precepto. Durante la elaboración de la Ley fueron varios los intentos de distintos grupos parlamentarios de incluir el sistema automático de designación sin éxito alguno⁵. En segundo lugar, parece necesario traer a colación la Exposición de Motivos de la Ley, que señala que el juez tiene, en general, una «amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, que se manifiesta, entre otras, en las facultades de nombramiento de administradores, lo que contribuye a flexibilizar el procedimiento y su adecuación a las circunstancias del caso». Si, en la propia introducción expositiva de la Ley, el legislador pone la elección de los miembros de la administración como ejemplo de discrecionalidad, no puede admitirse una interpretación del precepto en estudio que permita la selección automática de los candidatos. Por último, el más importante argumento es el sistemático: el diseño de la administración concursal y el modelo interorgánico elegidos por la Ley concursal exigen un nombramiento judicial ponderado, que adapte la elección a las necesidades del concreto procedimiento concursal.

El modelo subjetivo de administración concursal vigente puede encuadrarse dentro del «modelo semi-abierto»⁶. Se trata de un órgano en el que no se incluye un profesional de la crisis empresarial. Esta ausencia determina el resto de las características del modelo. Así, en primer lugar, lo hace con la propia estructura del órgano: la profesionalización se persigue a través de la adición de especialistas en materias relacionadas con la actividad propia del procedimiento (sectores legal y económico). No hay un experto en insolvencias; hay varios «expertos» en aquellos campos que cubren las necesi-

³ La designación se haría, por ejemplo, siguiendo el sistema de designación de peritos *ex* artículo 341 LECiv. V. las certeras consideraciones de MORRAL, R., *Comentario al art. 27*, en SAGRERA, J. M., SALA, A. y FERRER, A. (coords.), *Comentarios*, t. I, pgs. 338 y ss.

⁴ Como es conocido, esta práctica había ocasionado corruptelas en los procedimientos concursales y era un motivo más de desprestigio del sistema, hasta el punto que su eliminación se había convertido en uno de los catalizadores de la reforma. Sin embargo, este argumento no puede esgrimirse como causa para realizar una interpretación que niegue la discrecionalidad judicial en la elección de los administradores, pues la Ley ya contiene un instrumento distinto, específico –y suficiente– para conseguir la mencionada finalidad: la limitación de tres mandatos por juzgado en un período de dos años (art. 28.2).

⁵ V. las enmiendas números 134 y 258 del Grupo Parlamentario Vasco y del Grupo Parlamentario Socialista, respectivamente (BOCG, Congreso, A, 101-15).

⁶ Sobre los modelos, en detalle, v. TIRADO, I., *La sindicatura concursal*, en Rojo, A. (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid, Marcial Pons, 2003, pgs. 165 y ss, especialmente pgs. 207 y ss.

dades del concurso: la suma de todos ellos es –pretendidamente– igual a la profesionalización deseada⁷. Pero, como resultará evidente a cualquiera, los requisitos subjetivos exigidos son de carácter general y, por lo tanto, ante concursos de especial complicación, pueden llegar a resultar insuficientes. Ateniéndonos a la literalidad de la Ley, no es necesario que la práctica exigida se haya desarrollado en el ámbito concursal; en el caso del abogado ni siquiera es imperativo que la actividad profesional se haya desenvuelto en el campo del Derecho privado patrimonial. Además, el sujeto debe cumplir 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 el economista hayan estado ejerciendo efectivamente la profesión –como mínimo– los cinco años anteriores al momento de la elección. Esta interpretación abre el acceso a la administración a personas que lleven tiempo inactivas, con los inconvenientes que, sin duda, ello conlleva.

Todos estos defectos e insuficiencias sólo pueden corregirse otorgando al juez una discrecionalidad que le permita valorar los hechos. Así, el juez *deberá* tomar en consideración la necesidad de especialización sectorial en concursos de deudores que operen en un sector de especial dificultad; valorará la exigencia de una mayor experiencia en procedimientos de grandes dimensiones; habrá, en fin, de tener en cuenta, antes de proceder a designar, que el candidato no ha desarrollado su actividad en el ámbito del Derecho privado o que ha estado mucho tiempo inactivo. Todo esto sólo es posible si se concede al juez la facultad de decidir valorativamente. Esta discrecionalidad es, sin duda, la pieza necesaria para que el engranaje orgánico funcione. Negarlo, es negar el sistema⁸.

III. EL SISTEMA DE LISTAS

1. El régimen jurídico básico de las listas

El juez nombrará a los administradores técnicos de entre las personas que figuren inscritas en unas listas. Este sistema constituye un instrumento nece-

⁷ Los miembros deberán ser: 1) un abogado colegiado con al menos cinco años de experiencia; 2) un experto económico colegiado con igual número de años de ejercicio; 3) y, por último, el titular de un crédito ordinario o con privilegio general no garantizado. Los administradores técnicos han de poseer conocimientos sectoriales de carácter general, y no es necesario que demuestren conocimientos teóricos específicos en el ámbito concursal.

⁸ En la práctica concursal alemana es pacífico que el juez debe tener en consideración todos los datos personales existentes para valorar la adecuación del candidato al procedimiento concreto. Es lo que se conoce como *Einzelfalleignung*. Para una relación de este concepto con el sistema alemán de listas, v. EICKMAN, *Comentario al § 56*, en EICKMAN (Hrsg), *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pg. 195.

sario para el ejercicio de esta competencia judicial pues, de no existir, el juez carecería de un banco de datos de referencia y se vería en la obligación de buscar y reunir la información, con la consiguiente pérdida de tiempo y los costes que ello traería consigo. Pero el sistema de listas no es, únicamente, un medio para facilitar el ejercicio de una función concursal. Puede y debe ser, además, un elemento decisivo para completar el modelo de administración escogido por el legislador. A través de una regulación adecuada de los requisitos para acceder al elenco de candidatos pueden cubrirse algunas de las insuficiencias del sistema inicial de administración concursal⁹.

Las listas se elaborarán de manera distinta según la profesión de los candidatos. Así, en primer lugar, los abogados, los economistas y los titulados mercantiles, que deberán estar colegiados no sólo para ejercer su profesión, sino también para resultar elegidos miembro del órgano de administración, deberán mostrar su disponibilidad para el ejercicio de la actividad concursal. Cada uno de los colegios profesionales elaborará un elenco con los profesionales interesados que remitirá a los juzgados de su ámbito geográfico en el mes de diciembre de cada año. Esta lista será utilizada en los procedimientos que se abran durante el año siguiente. En segundo lugar, los auditores de cuentas, cuya colegiación no es obligatoria, deberán declarar la intención de actuar profesionalmente en materia concursal al Registro Oficial de Auditores de Cuentas, que seguirá el mismo procedimiento que los colegios profesionales mencionados, es decir, la creación de un elenco de interesados que se remitirá a los juzgados. Dado el carácter nacional del Registro de auditores, y vista la práctica del Registro en lo concerniente a la designación de los auditores como peritos para la actividad procesal general, parece probable que la lista se entregue al Consejo General del Poder Judicial para que éste distribuya los datos según tenga por conveniente.

Por último, el precepto hace referencia a la creación «en el Decanato de los juzgados competentes de listas con los profesionales cuya colegiación no resulte obligatoria» (art. 27.3). Ciertamente, no parece sencillo entender a qué profesionales se refiere. No puede hacerse referencia a los abogados, a los economistas o a los titulados mercantiles porque la propia Ley concursal exige su colegiación previa para ser elegidos¹⁰ (art. 27.1) . Tampoco integra-

⁹ Es más, al haber un sistema de designación discrecional, en el que el juez debe elegir al candidato más adecuado al procedimiento concreto, la elaboración de unas listas sin información adicional que permita una elección adecuada es insuficiente. Junto a un elenco de nombres, debe posibilitarse el acceso a información sobre las características técnicas y de experiencia de cada candidato así como –claro está– de aquellos datos necesarios para que el juez pueda contactar con el elegido. No puede olvidarse que la existencia de un sistema de listas es, por sí sólo, garantía de poco. Valga como ejemplo de funcionamiento endogámico y poco transparente la experiencia de la práctica concursal alemana, que lleva largo tiempo aplicando el sistema: v. SCHMIDT, A., *Die Auswahl des Insolvenzverwalters. Erfahrungen aus der Praxis eines Grossstandtsgerichts*, en BORK, R. y KÜBLER, B., *Insolvenzrecht*, Köln, RWS, 2000, pgs. 15 y ss. (y TIRADO, I., *La sindicatura*, pg. 213).

¹⁰ La Ley establece que la administración estará integrada por los mencionados profesionales *colegiados* (art. 27.1.1º y 2º).

rán esta lista los auditores. Si bien es cierto que su colegiación no es obligatoria, no lo es menos que su inscripción en el Registro Oficial de Auditores de Cuentas sí lo es, y es este organismo el que debe aportar la lista utilizada para la elección. La única posibilidad es que con la creación de la lista en los juzgados *se dé la posibilidad de ser candidatos a las sociedades de profesionales*. En efecto, los colegios de economistas y de titulados mercantiles sólo permiten la inscripción de las personas físicas (la admisión de las sociedades de abogados se ha realizado por el RD 658/2001 de 22 de junio que aprueba el estatuto Profesional de la Abogacía, en su art. 28). Por otra parte, los administradores técnicos pueden ser persona natural o jurídica (art. 30). Dado que el juez deberá elegir uno de los sujetos incluidos en las listas proporcionadas por los colegios, de no preverse este tercer elenco, el nombramiento de sociedades no sería en la práctica posible¹¹. En última instancia, y salvo que se prevea un mecanismo similar en los colegios, el elenco de los juzgados podría utilizarse como lugar donde se inscriben aquellos que, por el motivo que sea, no solicitaron la inclusión previa en alguna de las listas de las corporaciones profesionales (incorporación sobrevenida). No hay motivos para negar el ejercicio de la administración concursal a personas que lo solicitan después del momento en que se comunican los candidatos a los juzgados¹².

¹¹ En esta lista no se incluirán las sociedades de auditoría, ya que éstas tendrán acceso al Registro Oficial de Auditores de Cuentas del mismo modo que los auditores individuales. Pese a la claridad de las normas concursales (arts. 27, 30), un Juzgado ha considerado necesario elevar una consulta al ICAC sobre la posibilidad de que resulten designadas las sociedades de auditoría para el cargo de administrador concursal. La respuesta ha sido, obviamente, positiva (véase Consulta 26/2004 ICAC).

¹² Los únicos problemas serían funcionales, pues resulta obvio que los que intenten inscribirse sobrevenidamente en las listas del juzgado deberían acreditar el cumplimiento de los requisitos que les habría exigido el colegio al que pertenecen. En todo caso, y con independencia de cómo se solucionase esa acreditación, esta solución resolvería un problema que puede crearse en la práctica por el diseño del órgano previsto en el art. 27. En efecto, si el administrador acreedor es una persona jurídica, deberá proceder a designar una persona natural que actúe por ella en el concurso de manera permanente, y, además, la designación se hará «conforme al procedimiento previsto en el apartado tercero» (art. 27.1.3º), es decir, que el acreedor deberá nombrar a un sujeto que figure en las listas. La obligación de acudir a las listas puede ocasionar problemas. La persona natural será un representante del acreedor, pero el administrador será sólo este último, y quién sea el elegido, siempre y cuando tenga las condiciones mínimas de especialización y de independencia (algo que se garantiza ya por la propia norma), es algo que no debería concernir al procedimiento. Con esta previsión legal se está reduciendo el número de candidatos posibles sin ganar nada a cambio; se están predeterminando los candidatos para el establecimiento de una relación jurídica que debe ser de confianza y personalísima, dificultando, con ello, el elemento decisivo de este tipo de relaciones: la posibilidad de elegir al que se considera adecuado. Se impide, por ejemplo, que el acreedor nombre como representante a cualquier miembro de su plantilla o al colaborador externo con quien trabaje habitualmente, salvo que, por el motivo que sea, estuviese ya inscrito en las listas. Esto es especialmente problemático porque la remuneración del representante correrá exclusivamente a cargo del representado, y, al no poder recurrir a aquellos profesionales con los que tiene relaciones preestablecidas, el coste de ser parte de la administración puede resultar excesivo para el acreedor nombrado. Dado que

2. Los problemas en la elaboración de las listas y la necesidad de reglamentación adecuada

La verdadera configuración legal del modelo de administración y, con ello –probablemente– el éxito del mismo, dependerán de la posterior regulación del sistema de listas. En este punto la Ley es muy parca, se limita a establecer dos aspectos: en primer lugar, el acceso a las listas deberá ser gratuito; en segundo lugar, deberá garantizarse la especialización concursal. Pero este segundo punto es especialmente problemático. El precepto sólo establece que los «profesionales implicados acreditarán en todo caso su compromiso de formación» (art. 27.3). No se escapa a nadie la falta de precisión en la expresión legal. En ella, en puridad, se está exigiendo que los candidatos garanticen su intención de formarse, no que demuestren poseer ya los conocimientos técnicos necesarios¹³. Sin duda, se trata de un error del legislador y la norma debe interpretarse como que los colegios profesionales sólo podrán incluir en sus listas a aquellos que demuestren cumplidamente un cierto nivel de especialización concursal. Esto deberá traducirse en una serie de exigencias que, sobrepasando las condiciones generales mínimas de titulación y experiencia (las del art. 27.1), se demandarán de los candidatos para integrar las listas. Si se tiene en cuenta que la Ley limita la adquisición de experiencia a tres concursos cada dos años por juzgado (art. 28.2), el establecimiento de requisitos de especialización en la práctica concursal se hace necesario para completar las posibles deficiencias de profesionalización del modelo. De igual modo, deberán concretarse las posibilidades de movilidad geográfica de los candidatos. De nuevo los problemas derivados de la mencionada limitación (el art. 28.2 impide la adquisición de experiencia) podrían suavizarse con la previsión de un sistema que permitiese la inclusión en las listas de un colegio –o de un juzgado– de personas colegiadas en una corporación profesional distinta. Será también imprescindible establecer instrumentos que permitan la actualización periódica de las listas, sin necesidad de esperar al transcurso de un año o, en fin, habrán de determinarse los aspectos concretos del régimen de acceso.

La aún escasa práctica de la incipiente normativa viene dando lugar a algunos abusos. La Ley Concursal concede a los colegios profesionales la posibi-

puede presumirse que el acreedor no tendrá un especial interés en volver a ser elegido en los dos años siguientes (pues, en la mayoría de las ocasiones, no se dedicará profesionalmente a este tipo de labores), la inhabilitación por no tener justa causa para denegar la aceptación (art. 29) no parece suficiente sanción para impedirle rechazar el cargo, con el consiguiente perjuicio para el procedimiento (retrasos, etc.). La situación creada podría solucionarse a través de un desarrollo reglamentario de la elaboración de las listas flexible. Si se permite la inscripción en cualquier momento (y no solamente en el momento final de cada año), el acreedor podría proceder a inscribir al sujeto que él, previamente, habrá elegido para que le represente

¹³ Esto no ha pasado inadvertido a algunos comentaristas de la Ley. Así, v. ILLESCAS, en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A. (coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, La Ley, 2004, pg. 166 y MORRAL, R., *Comentario al art. 27*, en SAGRERA, J. M., SALA, A. y FERRER, A. (coords.), *Comentarios*, pg. 331.

lidad de organizar las listas conforme a sus propios criterios, siempre y cuando mantengan la gratuidad para la incorporación y garanticen la formación especializada. En una gran mayoría de colegios se han organizado cursos de teoría y práctica concursal cuya realización con éxito se ha considerado criterio suficiente para la inscripción en las listas de candidatos. Siempre y cuando se trate de cursos con un mínimo de duración, de frecuencia y de nivel técnico esta práctica no plantea problemas de legalidad. Pese a la falta de criterios que evalúen la calidad o que homologuen contenidos a nivel nacional, la amplitud de la Ley en este punto y la ausencia de directrices a nivel estatal impiden restringir la práctica. Sin embargo, algunos colegios están yendo más allá, estableciendo que la realización del curso por ellos organizado es no sólo requisito suficiente, *sino también necesario*: sólo aquellos que se matriculen tendrán acceso a las listas.

Ésta es, sin duda, una práctica ilegal. La Ley concursal se limita a establecer que «los profesionales acreditarán... la formación... concursal». Los colegios profesionales pueden organizar las listas y fijar criterios para acreditar la formación adecuada. Es decir, dentro de unos límites razonables pueden determinar quién está suficientemente especializado para actuar en un concurso. Pero lo que queda fuera de sus facultades (o, si se prefiere, de su ámbito de delegación normativa) es la determinación *a priori* de quién no está cualificado. Por ello, entendemos que toda persona colegiada con cinco años de ejercicio tiene el *derecho* de inscribirse en las listas si acredita suficientemente, de cualquier forma, que tiene una formación especializada en el ámbito concursal. Y ello, claro está, aunque no haya realizado el curso propuesto por la corporación de turno¹⁴. En realidad, y por respeto al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), los colegios profesionales, a la hora de valorar la solicitud de inscripción en el elenco de candidatos, deberán considerar suficientemente formados a aquellos que acrediten una especialización similar o superior a la que podrían obtener –razonablemente– si realizasen el curso propuesto por cada ente corporativo¹⁵.

La elaboración en cada colegio profesional de los requisitos necesarios para la inscripción en las listas es una disposición de ordenación interna, de naturaleza reglamentaria. La exclusión de las listas de todo aquel que no realice el curso contradice el precepto de la Ley en que se establece que

¹⁴ Naturalmente, el órgano competente del colegio podrá denegar la inscripción de una persona concreta que no haya acreditado una formación suficiente, pero el argumento no podrá ser, únicamente, que no se ha matriculado en el curso organizado en el colegio.

¹⁵ Resulta obvio que nunca se denegará el acceso a una persona que acredite una experiencia práctica concursal de varios años. Además, la especialización no tiene que ser necesariamente práctica: una especialización concursal teórica debería valer si es suficiente. ¿Podría acaso considerarse más preparado a un abogado con cinco años de experiencia que ha realizado un curso en el colegio a que pertenece que un profesor de Derecho mercantil –colegiado– que lleva años enseñando la materia? En caso de respuesta afirmativa se daría la paradoja de que el alumno del curso de especialización fuese considerado más «especializado» que el profesor que le ha impartido las lecciones.

serán elegibles aquellos que acrediten la formación concursal (art. 27.3) y, en consecuencia, por el principio de jerarquía normativa, se tratará de una disposición nula. Los remedios disponibles para el sujeto afectado son varios. En primer lugar, puede impugnarse la disposición del colegio en que se establezca el criterio ilegal. En segundo lugar, puede recurrirse la decisión del colegio en que se le deniega la inscripción en las listas (impugnación de un acto administrativo); por último, entendemos que se trata de resoluciones que vulneran el principio de igualdad, principio constitucional cuya vulneración da lugar a amparo¹⁶.

IV. LAS PRIMERAS RESOLUCIONES DE NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADORES. EL PROBLEMA DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

En los primeros concursos declarados desde la entrada en vigor de la Ley han surgido varias cuestiones relacionadas con los grupos de sociedades. En el punto concreto que aquí interesa, las resoluciones judiciales han acompañado la acumulación de concursos entre sociedades del mismo grupo con el nombramiento de un órgano de administración unitario para todos los concursos¹⁷. Se trata de una solución posible y, en muchas ocasiones, deseable¹⁸. El argumento principal para nombrar un órgano compuesto por los mismos miembros es, como no podía ser de otra manera, el mejor «interés del concurso». Al coordinar los distintos procedimientos es posible ahorrar en costes comunes (información, tiempo, etc.), se consigue una mejor comprensión de las causas del «fracaso» empresarial (por ejemplo, se comprenden mejor determinados actos y decisiones empresariales concretas, sean entre las sociedades del grupo o con terceros) y, sobre todo, se facilita la existencia de una solución viable que tenga en cuenta el concepto económico de empresa¹⁹. Pese a la previsible conveniencia en abstracto, no se

¹⁶ En efecto, el colegio estaría discriminando entre sujetos «iguales», pues, pese a que ambos han acreditado suficientemente la preparación concursal, sólo los que han realizado el curso pueden ser nombrados.

¹⁷ La Ley permite expresamente el nombramiento de los mismos administradores concursales para los procedimientos de distintas sociedades de un mismo grupo (art. 28.2 *in fine*). Es más, la previsión legal parece considerar favorablemente tal práctica, exceptuando el régimen general de limitación subjetiva de nombramientos para ejercer la administración concursal: «los nombramientos efectuados en concursos de sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas se computarán como uno solo» (art. 28.1).

Conviene recordar aquí que esta acumulación no consiste en la tramitación de un único procedimiento, sino en la coordinación de varios concursos ante el mismo juez.

¹⁸ Aunque esta práctica presenta también sus propios problemas. El auto del Juzgado nº 1 de Madrid de 29 de noviembre de 2004 (043/2004) enumera, a modo de ejemplo, «la retribución de los administradores y la posibilidad o no de ejercicio de acciones entre las distintas entidades concursadas».

¹⁹ Los administradores llegarán a conocer mejor las distintas líneas de negocio de la «empresa común», que, en muchos casos, estará desperdigada en distintas sociedades. Pero, sobre todo, serán capaces de fomentar una solución óptima en los convenios de las distintas sociedades concursadas que administran. Al respecto, se pronuncia el interesante

trata de una regla imperativa y, por lo tanto, si el juez no lo considera adecuado puede integrar los órganos de los distintos concursos con personas diferentes.

En todo caso, la práctica de órganos de administración comunes plantea cuestiones que no encuentran solución directa en la Ley Concursal. Un primer problema concierne el nombramiento del administrador concursal acreedor. El artículo que regula la composición de la administración del concurso (art. 27) resulta aplicable en todos sus extremos a todos los concursos, incluidos aquellos acumulados. Por ello, una primera consecuencia será que *el miembro acreedor deberá ser acreedor de todos los deudores comunes* concursados cuyos procedimientos estén acumulados.

Como regla general, si los concursos se acumulan tras la presentación de solicitudes conjuntas (*acumulación de solicitudes*, sean de acreedores –art. 3.5–, sean de deudores²⁰), el juez podrá nombrar el mismo acreedor en todos los concursos con independencia de las características concretas del crédito en cada concurso (siempre, claro está, que reúna las condiciones de elegibilidad: arts. 27.1.3º, 28, 33). Es decir, que la –futura– presencia del acreedor en el pasivo de todos los procedimientos debe entenderse razón suficiente para nombrarle administrador, aunque, en uno de los concursos, hubiese otros acreedores con características más adecuadas para defender, en abstracto, el «interés del concurso»²¹.

Este mismo razonamiento resulta válido para el supuesto de acumulación sobrevinida de concursos, es decir, cuando ya hay dos concursos en marcha, con dos órganos concursales distintos en funcionamiento. En estos casos, la administración concursal de la sociedad dominante puede solicitar la acumulación (art. 25.1). Si así se acuerda, la importancia de tener un órgano común debe constituir *justa causa* para que el juez que conoce de los concursos acumulados separe a los administradores y –normalmente– nombre a los que integraban el órgano del concurso de la sociedad dominante. Una

auto del Juzgado nº 1 de Madrid de 29 de noviembre de 2004 (043/2004), especialmente, en los considerandos 6º y 11º.

²⁰ V. ROJO, A., «Legitimación (art. 3)» en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, t. I, pgs. 220-221. Esta opinión doctrinal ha sido expresamente aceptada por los tribunales: así, v. el considerando 4º del auto del Juzgado nº 1 de Madrid de 29 de noviembre de 2004 (043/2004); y el considerando 1º del auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Las Palmas (004/2004).

²¹ Por ejemplo, si, en uno de los concursos, el acreedor «común» tiene un crédito de cantidad muy reducida. En este caso, la condición de «común» a los restantes concursos es motivo suficiente para una designación que, en otro caso, no se habría producido. Como si fuese la otra cara de la moneda si, en uno de los concursos, existe un acreedor ordinario con unas características especialmente adecuadas para ser elegido (especial conocimiento del mercado concreto en que opera el deudor, etc.), la condición de «común» de otro acreedor sin esas cualidades sería suficiente motivo para que el juez le nombrase al acreedor en lugar de aquél. Sobre cómo debe hacerse esta elección, v. TIRADO, I., «Condiciones subjetivas para el nombramiento de los administradores concursales (art. 27)», en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, t. I, pgs. 589-590.

vez más debemos recordar que esto no es necesario: solo cambiará el órgano si así se beneficia el «interés de todos los concursos». Ahora bien, es más difícil que se cumpla este requisito en el caso de varios concursos ya abiertos que si se trata del nombramiento inicial del órgano de varios procedimientos de insolvencia. Esta medida puede resultar *a priori* beneficiosa para los interesados en el concurso de la sociedad dominante (aunque éstos también pueden sufrir un perjuicio: aumento de trabajo para el órgano, menor atención y tiempo dedicado al procedimiento); pero resulta más difícil que beneficie a los interesados en los concursos de las restantes sociedades del grupo, ya que será necesario instruir a nuevos administradores, con los consiguientes costes, y los nuevos administradores estarán previsiblemente más interesados en el concurso de la sociedad dominante. El juez sólo debería nombrar sobrevenidamente una administración concursal única cuando, teniendo en cuenta estas circunstancias, estuviese persuadido de que la mejora de perspectivas en el resultado final compensa los perjuicios²².

Un problema práctico puede surgir cuando no haya un acreedor común a todas las sociedades concursadas. Esta situación puede darse tanto inicial –acumulación de solicitudes– como sobrevenidamente –acumulación de concursos–. Para solucionarlo caben dos posibilidades: negar o permitir el nombramiento de un órgano uniforme en todos los concursos. La primera solución es la más respetuosa con la Ley (que exige la presencia de un miembro acreedor sin excepciones) y, además, no ocasiona un perjuicio elevado a los intereses de los distintos concursos acumulados, puesto que los «administradores comunes» al resto de los procedimientos seguirían siendo mayoría en el órgano del concurso en que no había acreedor común. La solución contraria sería una interpretación *contra legem*, pues no sólo no se prevé como posibilidad, sino que la función que está llamado a cumplir el miembro acreedor no puede cumplirse de igual modo por un tercero, y menos aún por un tercero que es acreedor de otra sociedad concursada del mismo grupo²³.

²² En realidad éste es un argumento muy persuasivo y, a la vez, muy fácil de utilizar: no parece difícil presumir que el juez nombrará una administración única para los concursos que se acumulen al de la dominante si se convence de que ello aumentará las posibilidades de salvación del negocio, aunque ello le haga asumir unos mayores costes de gestión en los concursos de las sociedades dominadas.

²³ En efecto, el acreedor ha de vigilar la actuación de los administradores técnicos, defendiendo el «interés del concurso». Ese «interés del concurso» es, al menos en buena parte, el interés de los acreedores ordinarios (por eso se exige esa condición para integrar el órgano: normalmente, lo que beneficie a un acreedor ordinario beneficiará a los demás acreedores de igual condición). Al situar a este acreedor al frente de la administración se «alinean» los intereses del concurso y los del administrador. La inclusión del acreedor de un tercero deshace esa ecuación: al intervenir en la administración de un patrimonio ajeno (el de la sociedad dominada concursada) el acreedor de la sociedad dominante no estaría procurando su propio interés, sino el de un tercero; y, además, el de un tercero con el que pueden surgir conflictos de intereses. El administrador jurista y el técnico económico son profesionales asépticos, que carecen –o deberían carecer: v.art. 28– de implicación personal. El acreedor, por definición la tiene, pero en nuestra hipótesis la tendría en el concurso de otro deudor.

La conveniencia de nombrar un mismo órgano de administración para los concursos de las distintas sociedades de un grupo hará que se recurra constantemente a aquellos acreedores que se encuentren presentes en la mayoría de los concursos: sean los acreedores profesionales, sean –más comúnmente– los acreedores públicos (especialmente la Agencia Tributaria o la Seguridad Social). Esta práctica puede observarse ya en la práctica de los primeros meses de aplicación de la Ley. En un concurso declarado en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid, el juez nombró administrador-acreedor a la Agencia Tributaria, la cual se negó a aceptar alegando «la limitación de recursos humanos en la Delegación de la Agencia en Madrid». En una providencia de 25 de noviembre de 2004, el juez del concurso rechazó la razón de la Agencia Tributaria, señalando que «la causa alegada no es óbice para que nombre a persona externa que reúna los requisitos de titulación y sea remunerada con cargo a la masa, conforme a lo dispuesto en el art. 27 LC». Esta decisión precisa algún comentario. En primer lugar, no se entiende la atribución del coste de la representación a la masa. El artículo al que se remite expresamente, establece que «[C]uando el acreedor designado administrador sea una administración Pública o una entidad de Derecho público vinculada o dependiente de ella... su intervención no dará lugar a retribución alguna con cargo a la masa del concurso». En este punto, la resolución parece simplemente un olvido del juez. Sin embargo, sí tiene razón al negar que la causa alegada sea justa causa para rechazar la aceptación (art. 29.2). Con independencia de que, en general, los problemas de organización interna del designado se consideren o no obstáculos justificantes para rechazar el nombramiento como administrador, en este caso la amplitud del texto legal constituye un argumento válido para rechazar la excusa de la Agencia Tributaria: la Ley establece que, en casos de nombramiento de un acreedor público, «la designación del profesional podrá recaer en *cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas*». No sería, pues, necesario, que el designado fuese miembro de la Delegación de la Agencia Tributaria en Madrid; ni siquiera que lo fuese de la Agencia en general. Para formular una causa justa de no aceptación, la administración nombrada debería haber alegado –y, si no convence, en su caso probado– que no existía personal disponible con las características generales de licenciado y funcionario²⁴.

²⁴ Otro problema de difícil solución radica en las consecuencias de esa negativa de la Agencia Tributaria pues, no debe olvidarse, la no aceptación sin causa comportaría, en principio, la inhabilitación para el ejercicio del cargo en tres años (art. 29.3).

