

JORNADAS SOBRE LA LEY CONCURSAL

REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA

ESTATUTO JURÍDICO DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES. SU COORDINACIÓN CON LAS NORMAS SOCIETARIAS.

I. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA EN ESTA MATERIA.

- Simplificación de los órganos concursales.
- Profesionalización del cargo.
- Regulación detallada del estatuto jurídico de los administradores concursales (arts. 26 a 39 LC).
- Sección segunda del concurso: todas las cuestiones relacionadas con el nombramiento, cese, facultades, rendición de cuentas y responsabilidad de los administradores concursales. (art. 26 LC).

II.- ESTRUCTURA DEL ÓRGANO CONCURSAL.

1.- Órgano integrado por **tres miembros**, salvo en el caso de concurso abreviado (arts. 27 y 190 y ss. LC).

2.- **Actuación colegiada.** Adopción de decisiones por mayoría. En caso de no ser posible alcanzar el acuerdo, decide el Juez. (No cabe atribuir voto dirimente a alguno de los administradores concursales). La resolución por el Juez debe ser un supuesto excepcional. Contra estas decisiones judiciales no cabe recurso alguno (art. 35.5 LC).

- **Excepciones:** i) Administrador concursal único y ii) supuestos de vacancia de alguno de los tres administradores concursales, en cuyo caso, los dos que estén o continúen en el cargo, actuarán mancomunadamente (art. 35.3 LC).

3.- Otras cuestiones:

- Facultad de **autorregulación** del funcionamiento del órgano colegiado: nombramiento del Presidente y Secretario, normas de convocatoria, asistencia, etc.
- Llevanza obligatoria de un **libro de actas legalizado** por el Secretario del Juzgado en el que se deben transcribir las decisiones, -que no sean de mero trámite o de gestión ordinaria,- no sólo del órgano colegiado, sino también en el caso de actuación mancomunada o de administrador concursal único (art. 35.4 LC).

¿Acceso a éste Libro? Aplicación analógica del art. 26.2 Ccom. Decisiones reservadas o confidenciales en interés del concurso.

- Posible **asistencia del Juez a las sesiones**, siempre que lo considere oportuno. Consecuencia de la facultad de supervisión reconocida en el art. art. 35.6 LC.
- Posible nombramiento por el Juez, -no por el órgano colegiado,- de oficio o a instancia de la administración concursal, de alguno de los administradores concursales como **apoderado especial** mediante la atribución de facultades concretas (art. 35.2 *in fine* LC). Diferencias con la delegación de facultades societaria ex art. 141 LSA.

4.- Auxiliares delegados y colaboradores.

- i) Los **auxiliares delegados** (art. 34 LC) son designados por el Juez, cuando la complejidad del concurso lo exige, a instancia de la administración concursal, -no de oficio.-
- Se delegan en ellos funciones concretas, *“incluidas las relativas a la continuación de la actividad del deudor”*.
- Su **retribución** es por cuenta de los administradores concursales, (proporcional a la que perciban cada uno de ellos, salvo que se acuerde otra cosa).

- Se les aplica el mismo régimen de prohibiciones, incompatibilidades, responsabilidad etc. que a los administradores concursales.
- ii) **Colaboradores:** El art. 32.4 LC se refiere a ellos incluyendo tanto a las personas que presten servicios a los administradores concursales en su organización profesional, así como a los empleados del concursado.

III. REQUISITOS SUBJETIVOS PARA EL NOMBRAMIENTO.

1.- Profesionalización. Condiciones subjetivas (art. 27 LC)

1.- Regla general en el caso de órgano pluripersonal.

- i) Un abogado con, al menos, cinco años de ejercicio efectivo.
- ii) Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados, con cinco años de ejercicio efectivo.
- iii) Un acreedor ordinario o con privilegiado general no garantizado (art. 91 LC), que de no serlo él, puede designar a un profesional del Grupo ii).

* **Excepción** (art. 27.2 LC): En los concursos de determinas entidades (emisoras de valores, entidades bancarias, aseguradoras, etc.), uno de los administradores concursales (en vez del grupo ii)) es un técnico del organismo o entidad supervisora. Los otros dos administradores se designan a propuesta del Fondo de Garantía o Consorcio al que esté adherida la concursada.

2.- Forma de designación: por el Juez entre las personas que consten en las **listas** en ROAC, de los Colegios de Abogados y, en el caso de profesionales no colegiados, en el Decanato de los Juzgados.

- Obligación de «acreditar» el **compromiso de formación** en materia concursal. (No se exige experiencia profesional en la materia, siendo suficiente acreditar ejercicio efectivo).

3.- Administradores personas jurídicas (art. 30 LC)

- Debe designar a una persona física como **representante** «*en el ejercicio del cargo*».
- Además de las prohibiciones e incompatibilidades generales, no puede ser designado representante quien como persona natural haya actuado como administrador concursal o representante en el mismo Juzgado en tres concursos en los dos años anteriores, (salvo las excepciones del art. 28 LC).
- La **cualificación profesional**, debe concurrir también en el representante que designe la persona jurídica (art. 30.4 LC).

3.- La aceptación (art. 29 LC).

- Es un **acto necesario**, salvo para los técnicos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Fondos de garantía o del Consorcio de Compensación de Seguros.
- Debe realizarse en el **plazo de cinco días** desde la recepción de la notificación del nombramiento, (que se remitirá «*por el medio más rápido*»), mediante comparecencia en el Juzgado.
- Posibilidad de que se acepte el cargo por medio de representante, debidamente facultado (representación orgánica, especial o general).
- Obligación de manifestar posibles **causas de recusación** (art. 33 LC), así como si se encuentra «*integrado en una persona jurídica de carácter profesional*», a efectos de extender a socios y colaboradores el régimen de incompatibilidades. (art. 30.2. LC).
- La **incomparecencia o renuncia** sin justa causa, se sanciona con la inhabilitación durante tres años para ser nombrado administrador en los concursos que se sigan en el partido judicial.
 - Valoración por el Juez de la justa causa. El interés del concurso como criterio fundamental.

- Razones del régimen sancionador: i) la inscripción en las listas como manifestación de «*disponibilidad*» (art. 27.3 LC); ii) para evitar que se «elijan» concursos con criterios oportunistas.

4.- Otras cuestiones:

- Al nombramiento debe darse la **publicidad legal**, (arts. 23 y 24 LC). Especial importancia de la inscripción en el Registro Mercantil en el caso de que el concursado sea una persona jurídica.
- Al aceptar el cargo, los administradores profesionales deben **designar un despacho u oficina** situado en el ámbito de competencia del Juzgado (art. 31 LC).
- El Juez debe proveer a los administradores de la oportuna **credencial** (art. 29.1 *in fine* LC).

IV.- INCAPACIDAD, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES.

1.- **Regulación legal:** art. 28 LC y normas mercantiles a las que remite.

2.- **Supuesto de incapacidad:** Causas generales (normas sobre capacidad civil y de obrar) y falta de los requisitos subjetivos recogidos en el art. 27 LC.

3.- Supuestos legales de incompatibilidad o prohibición:

- Personas incursoas en causa de incompatibilidad conforme a las normas societarias (art. 124 LSA y art. 58.3 LSRL).
- Personas vinculadas profesionalmente con el concursado o que le hayan prestado servicios profesionales al propio deudor o a personas especialmente relacionadas con él, en los últimos tres años.

GAY CANO

Abogados

- Personas incursoas en los supuestos del art. 51 de la Ley 44/2002 de incompatibilidades de auditores de cuentas.
- Personas separadas del cargo de administrador concursal en los dos años anteriores.
- Administradores concursales inhabilitados por sentencia firme de desaprobación de cuentas (art. 181 LC).
- Personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93 LC).
- Acreedor competidor o perteneciente a un grupo competidor.
- No pueden concurrir en un mismo concurso como administradores concursales personas vinculadas personal o profesionalmente, entendiéndose como tales aquéllas con las que exista, de hecho o de derecho, relaciones de colaboración, dependencia o de prestación de servicios.

4.- Extensión a terceros.

- El régimen de incompatibilidades en caso de administradores concursales que sean personas jurídicas, se extiende a los demás socios o colaboradores del despacho colectivo. (art. 30.2 LC)

5.- Recusación (art. 33 LC).

- Tienen **legitimación** para solicitar la recusación de un administrador concursal quienes pueden solicitar el concurso (art. 3.1 LC: el concursado y los acreedores).
- **Causas:** Las previstas en el art. 28 LC y las establecidas en la LEC (arts.124 a 128) para la recusación de peritos.
- **Procedimiento:** Se tramita por los cauces del incidente concursal. El procedimiento no produce efectos suspensivos y la resolución no afecta a la validez de los actos realizados por el administrador afectado. Contra la resolución que resuelva esta cuestión no cabe recurso alguno (art. 39 LC).

V.- EJERCICIO DEL CARGO Y RESPONSABILIDAD.

1.- Ejercicio del cargo (art. 35 LC). Parámetro de diligencia.

- i) «ordenado administrador». ¿Administrador societario? («ordenado empresario», arts. 127 LSA y 61 LSRL). Valoración de las circunstancias económicas concurrentes en la empresa administrada.
- ii) «representante leal». Gestor de intereses ajenos. ¿Deberes societarios?. (Arts. 127 bis y ss. LSA. Fidelidad, lealtad y secreto).

La actuación de los administradores está sujeta a **supervisión judicial** (art. 35.6 LC).

2.- Régimen de responsabilidad (art. 36 LC).

- a) **Supuesto legal:** Responsabilidad civil por daños, (no objetiva).
 - i) **Actos y/u omisiones contrarios a la ley o realizados sin la debida diligencia que causan daños y perjuicios a la masa activa.**
 - Es necesario que se produzca **daño patrimonial**, (sea por disminución o no incremento del activo o por incremento del pasivo indebidos).
 - Necesidad de **nexo de causalidad**.
 - **Exclusión de responsabilidad** si el acto u omisión es consecuencia de una **resolución judicial** imperativa o ha sido sometida a la **previa autorización del Juez**, salvo que se acredite que los administradores fueron los causantes de la decisión judicial lesiva. (Entre otros, supuestos contemplados en los arts. 43.2, 51.2, 157.1 ó 188.1 LC).

GAY CANO

Abogados

- ii) Se responde **frente al concursado y frente a los acreedores.**
- iii) **Sujetos:** los **administradores concursales**, sean o no profesionales y con independencia de que actúen colegiada, mancomunadamente o como órgano unipersonal, así como con independencia de que hayan actuando sustituyendo al deudor o simplemente interviniendo sus operaciones.
- iv) Es independiente y distinta a la posible **responsabilidad disciplinaria** en el concurso por incumplimiento de deberes u obligaciones previstos en la ley que acarreen sanciones concretas. (Por ejemplo, no presentación del informe en plazo –art. 74.3 LC,- no asistencia a la Junta de acreedores, - art. 117.1 LC,- desaprobación de cuentas, -art. 181.4 LC,- infracción de la obligación de adquirir bienes o derechos de la masa activa, -art. 151.2 LC,- etc.)

b) Naturaleza: En el **ámbito externo** la **responsabilidad es solidaria**, tanto si se ejerce el cargo colegiada como mancomunadamente. (También con los auxiliares delegados).

En el **ámbito interno**, se aplicará el criterio de imputación del acto u omisión que corresponda entre los administradores concursales, en el grado que corresponda a cada uno, con el consiguiente resarcimiento a quien se vio obligado a indemnizar indebidamente a terceros.

* **Excepción a la regla de solidaridad:** actuaciones del administrador a quien el Juez le haya atribuido, individualmente, facultades determinadas (art. 35.2 LC), salvo que pueda acreditarse un incumplimiento del deber general de vigilancia por los demás administradores.

c) Causas de exoneración. El administrador concursal debe probar que, *«no habiendo intervenido en la adopción del acuerdo lesivo, desconocía su existencia, o conociéndola, hizo todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opuso expresamente a aquél»*. No es suficiente votar no, exige oposición expresa y activa. (Régimen del art. 133.3 LSA).

En el caso de responsabilidad por actos u omisiones de los auxiliares delegados deben probar *«haber empleado toda la diligencia debida para prevenir o evitar el daño»*. (Culpa *«in vigilando»*, pero no necesariamente *«in eligendo»*).

No es óbice a la posible exigencia de responsabilidad la **aprobación de cuentas en el concurso**. (Art. 181.4 LC: *«la aprobación o desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad»*. –Identidad con el art. 134.3 LSA-).

d) Cuestiones procesales.

- El procedimiento se sustancia ante el Juez del concurso.
- Ni la iniciación del procedimiento, ni la condena, suponen el **cese automático del administrador concursal** involucrado, sin perjuicio de que pueda ser considerada justa causa a efectos de su separación.
- El fallo condenatorio **no** supone la **pérdida del derecho a la retribución o la obligación de devolver cantidades** percibidas, tampoco determina la **inhabilitación**, ni es causa de **incompatibilidad, prohibición o incapacidad** para ser nombrado administrador concursal en el futuro, -sin perjuicio de su posible valoración.-
- En caso de sentencia condenatoria, quien ejercitó la acción tiene derecho a que se le **reintegren los gastos del procedimiento con cargo a la masa**.

e) Prescripción: cuatro años desde que se tuvo conocimiento y, *«en todo caso»*, desde el cese en el cargo. (Comparación con el art. 949 CCom).

f) Otras cuestiones: Esta acción no excluye el ejercicio de acciones por lesión directa en sus intereses por el deudor, los acreedores o terceros. (Similitudes con la acción individual societaria ex art. 135 LSA).

VI.- RENUNCIA, CESE Y SEPARACIÓN.

1.- Renuncia voluntaria: sólo es posible por la concurrencia de justa causa sobrevenida (art. 29.3 LC).

2.- Separación (art. 37 LC): El Juez puede, en cualquier momento, de oficio o a instancia del concursado, los acreedores o los demás administradores concursales, separar a un administrador (o revocar las facultades al auxiliar delegado), si concurre **justa causa**. (art. 37. 1 LC).

Aunque es un supuesto poco común, cabe que la separación afecte, únicamente, al representante de la persona jurídica administrador concursal, en cuyo caso ésta debe designar sustituto.

Se acuerda mediante auto en el que deben constar los motivos de separación. Esta resolución no es recurrible. (arts. 37.3 y 39 LC).

3.- Otras cuestiones:

- Necesidad de **nuevo nombramiento** (art. 38.1 LC).

- El administrador concursal afectado debe proceder a **rendir cuentas** respecto de las facultades que se le hayan atribuido individualmente o bien, si el cese afectase a todos los administradores, de la actuación del órgano colegiado. La rendición de cuentas debe presentarse en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución acordando cese. (arts.38.4 y 181 LC).

- A la resolución se le dará la **publicidad** prevista en la Ley (art. 38. 3, en relación con los arts. 23 y 24 LC).

VII.- FACULTADES.

1.- Facultades relativas a la actividad del concursado. Supuestos legales:

- i) Mera **intervención** de operaciones (art. 54.1 LC).

- ii) **Sustitución** del deudor en sus facultades de gestión y administración del patrimonio (art. 54.2 LC).

Extensión de las facultades de los administradores: Art. 40.6 LC «*facultades de administración y disposición sobre bienes, derechos y obligaciones que hayan de integrarse en concurso (...)*».

2.- Cuentas anuales de sociedades mercantiles (art. 46 LC). Su elaboración corresponde a los administradores concursales en el acaso de sustitución de facultades y al deudor, si hay mera intervención, si bien los administradores deben supervisarlas.

- Aplicación de la legislación societaria respecto de las obligaciones referentes a la formulación, auditoria y aprobación de cuentas (arts. 171 y ss. LSA y 84 y ss. LSRL).
- **Excepción:** No hay obligación de auditar las primeras cuentas que «*se preparen*» mientras esté en funciones la administración concursal. (Puede no coincidir con las del ejercicio. Falta de formulación, aprobación y depósito de ejercicios previos).

3.- Otras cuestiones societarias:

- i) Mantenimiento de los **órganos societarios**, tanto la junta general como el órgano de administración. Derecho de asistencia a las reuniones de órganos colegiados, con voz pero sin voto, de los administradores concursales (art. 48.1 LC).
- ii) **Facultad de convocar juntas.** En el supuesto de mera intervención parece claro que debe hacerlo el órgano de administración. En el caso de sustitución, desde un punto de vista técnico, a mi juicio, debería aplicarse la misma regla. (Supuestos prácticos).

Argumento: La única previsión en la Ley Concursal referente a la convocatoria de junta por los

administradores concursales con la finalidad de cubrir las vacantes, es el supuesto, excepcional, de cese de los miembros del órgano de administración societarios inhabilitados en la sentencia de calificación, “*si el cese impidiese el funcionamiento del órgano*” (art. 173 LC). A *sensu contrario*, con carácter general se mantienen la facultad en quien la tiene atribuida por los Estatutos y por la norma societaria.

Riesgo de dilaciones e interferencias en el proceso concursal por la obstaculización en la convocatoria de juntas provocada por el órgano de administración.

iii) Solicitud de prestaciones diferidas exigibles a los socios. **Desembolso de dividendos pasivos** (art. 48.4 LC). (Exclusivamente sociedades anónimas.)

- iv) Certificación de acuerdos, otorgamiento de escrituras de elevación a público, etc. Falta de regulación. ¿Aplicación de la normativa societaria? (Supuestos prácticos. Remisión al punto ii) anterior).

4.- Otras facultades/deberes: conservación y administración de la masa activa (art. 43 LC), emisión de informes (art. 35.6, 74 y ss. LC), ejercicio de acciones de reintegración (arts. 71 y ss. LC), ejercicio de acciones de responsabilidad (arts. 48.2 y 48.5 LC), etc.

VIII.- RETRIBUCIÓN.

1.- Régimen legal: Art. 34 LC y Real Decreto 1864/2004 de 6 de septiembre por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

2.-Fase común.

a) Regla general: Fijación mediante auto judicial (apelable), tomando en consideración el activo y el pasivo, conforme al **arancel** que regula el Real Decreto 1846/2004.

GAY CANO

Abogados

La retribución es idéntica para todos los miembros, salvo para el administrador acreedor que no designe profesional que se reduce a la mitad (art. 2 RD).

El importe es **modificable**, de oficio o a instancia del concursado o de los acreedores, si concurre justa causa y se aplica el arancel (art. 12 RD).

b) Exclusividad: No cabe que los administradores perciban retribución adicional alguna por ningún otro concepto, salvo gastos justificados. Se hace mención expresa a los trabajos de revisión y formulación de cuentas respecto de los administradores auditores o economistas y a la dirección técnica de recursos respecto del Letrado (art.3 RD).

Este precepto establece expresamente la prohibición de percibir retribuciones o compensaciones, en dinero o en especie, del concursado, los acreedores o terceros por el ejercicio de las funciones propias del cargo (art. 3 RD).

c) Posibles circunstancias modificativas de la cuantía:

- i) En el caso de sustitución de facultades, la retribución puede elevarse por el Juez, según su prudente arbitrio, hasta un 50% respecto de la fijada para el caso de mera intervención (art. 4 RD).
- ii) En los casos de concursos de previsible complejidad, (según listado de supuestos establecido en el art. 6 RD), la retribución puede incrementarse hasta un 5% por cada supuesto.
- iii) Si se aprueba convenio anticipado, se produce un incremento en la retribución de hasta el 25%. (art. 7 RD).
- iv) En el caso de cese de la actividad, la retribución se reduce en un 25%. Si el cese es parcial, el Juez determinará la reducción aplicable a la retribución, según su prudente arbitrio (art. 5).

3.- Fases sucesivas (art. 9 RD).

- La retribución mensual de los administradores profesionales en la fase de convenio es del 10% de la aprobada en la fase común, (excepto el incremento previsto en el art. 4.2 RD).
- En la fase de liquidación, durante los primeros seis meses se aplica la regla anterior y a partir del séptimo mes se aplica un porcentaje del 5%.

4.- Retribución adicional.

Los administradores profesionales percibirán un 1% del incremento neto del valor de la masa por el ejercicio de **acciones de reintegración**. Para el administrador acreedor no profesional el porcentaje es del 0,5%. (Art. 11 RD).

5.- Plazos de pago:

- i) **Fase común:** 50% dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la establezca y el resto, dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común (art. 8 LC).
- ii) **Fases sucesivas:** La retribución se percibe a mes vencido, dentro de los cinco primeros días del mes siguiente. (art. 10 RD).

5.- La retribución es un **crédito con cargo a la masa**, (salvo los supuestos del art. 27.2.1º.2º LC).

Zaragoza, a 18 de noviembre del año 2005