

EVOLUCION CONCURSAL EN EL ÚLTIMO SIGLO Y PROPUESTAS PARA UNA PRÓXIMA REFORMA



ALFRED ALBIOL I PAPS

Presidente del REFOR-CGE (Registro de Expertos en Economía Forense, del Consejo General de Economistas, CGE). Economista y abogado. Profesor Titular de Derecho Mercantil de la Universidad de Barcelona

1. *Introducción*

En primer lugar, me gustaría como Presidente del Registro de Expertos en Economía Forense, REFOR-CGE, órgano especializado del Consejo General de Economistas, CGE, felicitar al Ilustre Colegio Central de Titulados Mercantiles y Empresariales de Madrid, ICTMEM, que conmemora este año su 135 aniversario y los casi 110 años de su *Revista Técnica Económica*. Voy a tratar de resumir a continuación los cambios más importantes que ha experimentado el ámbito concursal en estos más de 100 años, centrándome especialmente en la última reforma y las modificaciones que son necesarias para el futuro de este sector profesional para el economista y titular mercantil.

2. *Antecedentes del ámbito concursal: quiebra y suspensiones de pagos. Problemática*

Recordemos que la legislación sobre la quiebra en nuestro país data nada más y nada menos que de 1829, esto es, todavía anterior al año de creación del citado ICTMEM, incluida en el primer Código de Comercio de dicho año, posteriormente modificado en 1885 y 1897. En cuanto a la suspensión de pagos, hay que referirse además de a dichas fechas decimonónicas, al año 1922, con la promulgación de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, que pese a crearse con carácter provisional, al dictarse para un caso concreto, como fue la grave crisis del Banco de Barcelona, sin embargo, perduró increíblemente hasta la fecha de entrada en vigor de la Ley Concursal (LC) 22/2003, el 1 de septiembre de 2004. Los profesionales del ámbito económico, eco-

nomistas, titulares mercantiles y auditores, ya intervenían en las suspensiones de pagos como interventores y en las quiebras como comisarios, síndicos y depositarios.

Una diferencia fundamental entre el marco legislativo imperante desde el siglo XIX hasta la publicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, es que con la actual ley se ha conseguido una unidad legislativa en su estructuración, ya que se contienen en la misma Ley los aspectos procesales y sustantivos concursales, frente a la dispersión reinante del sistema decimonónico anterior, que se mantuvo a lo largo del siglo XX y que diferenciaba entre quiebra y suspensión de pagos, para los comerciantes, y el beneficio de la quita y espera, y concurso de acreedores, para los no comerciantes. Esto es, había cuatro regímenes dispersos en el Código de Comercio, Código Civil y Ley de enjuiciamiento Civil de la época, que dificultaba su seguimiento y regulación. En este sentido, observamos que se ha dado un paso adelante en cuanto a la codificación y estructuración de la Ley Concursal.

Por otro lado, observamos frecuentes críticas, muchas veces con razón, de la actual legislación concursal, pero no olvidemos que la legislación anterior de la que partió la reforma concursal de 2003, también tenía sus defectos y problemática. Así Alberto Bercovitz, Catedrático de Derecho Mercantil y actual Presidente de la Comisión de Codificación del Ministerio de Justicia (Sección Mercantil) ya señalaba en un artículo "La suspensión de pagos y sus abusos" en 1982 que:

«Mas, a pesar de todo, la suspensión de pagos, tal como está regulada legalmente, y como se aplica en la práctica no es el medio adecua-

do en la actualidad para solucionar la siempre difícil problemática de las empresas en crisis. La tramitación de las suspensiones de pago adolece de los mismos defectos que afectan a la Administración de Justicia en general, particularmente en las grandes ciudades, que es donde, como es lógico, se producen la mayor parte de las suspensiones de pagos. En general, los juzgados de las grandes ciudades están totalmente desbordados y ello hace que la tramitación de los pleitos se eternice. Por eso, los acreedores están dispuestos a menudo a hacer importantes concesiones a sus deudores con tal de no tener que iniciar un procedimiento judicial».

Antes de la Ley concursal de 2003 se produjeron distintos intentos de reforma del sistema decimonómico de la insolvencia, pero no cuajaron por diferentes razones hasta dicha fecha.

Las principales reformas posteriores a la Ley Concursal de 2003, se hicieron en 2005, 2009 y 2011 que fueron parcheando las limitaciones de la Ley Concursal 2003 pensada para una coyuntura diferente a la crisis de 2007. Un cambio importante fue la introducción de las personas jurídicas en la administración concursal.

En 2014 y 2015 experimentó una gran reforma con múltiples modificaciones, que estimularon las soluciones preconcursales y extraconcursales, acuerdos de refinanciación y mediación concursal. Hay que recordar que tanto desde el Consejo General de Economistas como de Titulares Mercantiles se participó activamente en todas estas reformas remitiendo las correspondientes enmiendas y propuestas.

3. Cuatro conclusiones a partir estadísticas analizadas

Partiendo de un conjunto de datos elaborados por el REFOR-CGE de diversas variables tanto propiamente concursales como relacionadas: FOGASA, mediaciones concursales, podemos señalar:

A. El número de concursos en 2016, ha descendido de forma significativa con relación 2015, consolidando una tendencia bajista que difícilmente puede explicarse por la salida de la crisis. Según datos del INE, en el primer trimestre de 2016 se han registrado 1.171 concursos de acreedores lo que supone una disminución del 27,6%. Continúa la caída

de concursos en España, que el año 2014 ya registró un descenso del 30% anual, del 20 % en 2015 y podría ser posible una caída de similar magnitud, y se espera que no llegarían a sobrepasar las 4.000, frente a los casi 5.000 concursos de empresas en 2015; alejados de los 9.143 concursos de 2013, año de máximo apogeo concursal.

B. El concurso no es una vía de solución para las personas naturales ya sean empresarios o consumidores finales, microempresas y pequeñas empresas. Observamos que las mediaciones concursales, procedimiento alternativo al concurso y que supone una novedad desde 2015 para las personas físicas no empresarios, a raíz del RDL 1/2015 de segunda oportunidad, van poco a poco incrementándose en 2015 y 2016; si bien su número es todavía muy reducido. Deberían incluirse medidas para atraer micropymes y pymes hacia la mediación concursal, pues la gran mayoría son personas físicas.

C. Los indicadores de insolvencia tanto de la morosidad como los casos de monitorios y cambiarios que se están produciendo en las coberturas del Fogasa muestran que el modelo concursal español no ha conseguido, ser una solución con las consecuencias indeseadas de fuerte economía sumergida.

D. España se separa de Europa pues es junto con Grecia el país en el que más disminuyen los concursos. No tiene sentido esta divergencia en la evolución concursal, frente a otros países europeos; lo que nos indica que algo falla en el sistema concursal.

4. Ideas de reforma de la Ley concursal

Resume nuestra posición en el área concursal, desarrollada en 2015 en las sucesivas reformas. Una parte considerable de estas propuestas no fueron tenidas en cuenta en dicha reforma y conforman una propuesta vigente en la próxima reforma concursal 2016-2017. Proceden de los informes del Consejo General de Economistas, CGE presentados al Ministerio de Justicia y de Economía en 2015: 22 propuestas concretas de mejora incluidas en 100 enmiendas:

— **La deslegalización profesional introducida en LC y reglamento del administrador concursal introduce una gran inseguridad jurídica y en el mercado** por imposibilidad

- de comprobación de la experiencia de los candidatos. *Es necesario volver a incluir a los profesionales economistas, titulados mercantiles, auditores y abogados en el Reglamento y también, por principio de legalidad, en el artículo 27 LC.* Se precisa seguir conservando como profesionales idóneos a los administradores concursales que han venido desempeñando esta función en nuestra tradición económica y empresarial de la insolvencia: profesionales económicos y de la empresa por un lado (economistas, titulares mercantiles y auditores, que ya realizaban estas funciones en la antigua ley de suspensión de pagos y quiebras, como comisarios y síndicos) y profesionales jurídicos (abogados, que se incorporaron como administradores concursales a partir de la nueva ley concursal en 2003. La administración concursal es una actividad que sólo pueden realizar determinados profesionales. Carece de sentido que otros profesionales fuera del ámbito económico-empresarial-jurídico lo realicen. Esta es la realidad internacional concursal: son profesionales del ámbito económico y jurídico, y no de otras disciplinas.
- *El sistema aleatorio de elección de administradores concursales que se pretende, se aleja de la designación judicial que opera en la inmensa mayoría de los países y no fomenta la excelencia y mejora profesional, al ser un sistema de mera probabilidad.* Hay que volver al anterior art. 27 de la LC de designación judicial, introduciendo correcciones y mejoras. Con la nueva propuesta, se puede producir una desmotivación de los profesionales de la administración concursal, ya que la elección es por mero sorteo y en ocasiones, no será posible conseguir un número suficiente de concursos o si nos encontráramos en el caso de concurso con insuficiencia de masa.
 - *Reducir los privilegios de los créditos públicos:* Hacienda Pública y Seguridad Social, en todas las fases concursales y preconcursales, para que no queden excluidas de los acuerdos de refinanciación y mediación concursal, que afecta fundamentalmente a las Pymes. Estos privilegios, se han mantenido en las reformas de 2015. Informes posteriores del FMI, sobre esta cuestión coinciden con esta idea que se remitió ya desde el CGE, con antelación.
 - *Debería existir definición de insolvencia más de tipo económico-contable,* que jurídico, pues las empresas llegan tarde al concurso de forma, que las empresas puedan y tengan la obligación, en su caso, de acceder al concurso en menor tiempo, por su definición contable. Persiste esta concepción en el art. 2 de la LC.
 - *Resulta necesario reedificar la lógica del orden de pago de los créditos contra la masa,* primando la eficiencia y necesidad frente a la temporalidad o predominio subjetivo y regular el orden de pago de créditos contra la masa cuando haya constancia de masa insuficiente (176, bis.2).
 - *Inclusión de medidas que fomenten las operaciones de venta de unidades productivas:* en liquidación, de forma que no se consideren dichas operaciones como sucesión de empresa. Entre ellas, la supresión de las deudas de la Seguridad Social, que lamentablemente se incluyen a través del RDL 11/2014 en el artículo 149 de la LC, reglas legales supletorias de liquidación.
 - *Proponer medidas para agilizar el concurso,* entre ellas exigir el seguro del administrador concursal para poder formar parte del Registro Público Concursal.
 - Al realizar el texto consolidado de la LC que hemos elaborado desde el REFOR-CGE, *observamos erratas y disfunciones, tras las reformas,* entre ellas, la necesaria inclusión de los concursos de especial trascendencia, art. 27 bis que se deroga, en la disposición transitoria, de forma que se mantengan hasta que el reglamento regule el tamaño de los concursos, pues de lo contrario quedarían sin regular.
 - *Extender las medidas de segunda oportunidad a avalistas y fiadores;* tal y como está la redacción del RDL 1/2015, no se extienden a los mismos, que cumplen un papel fundamental.
 - *Facilitar el nombramiento de mediadores concursales* posibilitando que también los Colegios y Consejos Generales de las profesiones relacionadas con la administración concursal puedan también nombrarles y que para personas físicas, los notarios nombren a mediadores concursales, para fomentar su independencia.
 - *Debería incrementarse el número de juzgados de lo mercantil en determinadas áreas*

y realizar un estudio de eficiencia: si analizamos estadísticas del CGPJ observamos, cómo los Juzgados en los que más se han acumulado los asuntos, son los Juzgados de lo Mercantil. Debe realizarse un estudio en cada circunscripción y proceder a un incremento de Juzgados en determinadas provincias. El estudio de eficiencia debe realizarse no sólo a nivel de Jueces y Magistrados de lo Mercantil, Letrados de la Administración de Justicia sino también de todo el personal que auxilia en la oficina judicial.

- *Suprimir determinadas cargas y gastos al administrador concursal:* la reciente reforma concursal 2015 imputó al administrador concursal el coste de las valoraciones de los informes de los bienes (art. 94 LC) así como los gastos del auxiliar delegado incluso cuando no haya sido solicitado por el administrador concursal (art. 31). Deberían suprimirse dichos gastos en cuanto a su asunción por el administrador concursal y ser asumidos por la masa del concurso.
- *Delegar determinadas funciones del Juez de lo Mercantil al Administrador concursal:* si analizamos las funciones del administrador concursal del art. 33 LC, tras la reforma concursal, observamos la ingente carga de trabajo y que se equiparan a las de un administrador de empresas. Cabría delegar determinadas funciones que corresponden a los Juzgados, como los incidentes para incrementar la agilidad del concurso, bajo control judicial.
- *Evitar la imagen del concurso o fase preconcursal como estigma:* se ha ido mejorando y paulatinamente la sociedad va conociendo el concurso de acreedores; sin embargo, subsiste todavía, comparado con otros países, el estigma de la insolvencia. Resulta chocante que se continúe prohibiendo a una empresa contratar con la Administración por el mero hecho de estar declarado en concurso.

5. *Propuestas al borrador de Reglamento de desarrollo concursal*

- a) *La Cuenta de garantía arancelaria resulta insuficiente:* en informes presentados por el CGE, a los Ministerios concluíamos, dada la actual calidad del concurso, que supondría una ruina desde el punto de vista actuarial, ya que no sería suficiente para satisfacer las necesidades mínimas razonables de un admi-

nistrador concursal. Habría que suprimir este sistema de garantía arancelaria o esperar a que haya más medios o mejore la calidad del concurso.

- b) *Cuando se quiera acometer un nuevo sistema de administración concursal es necesario que se le dote de la suficiente cuantía presupuestaria, estructura y medios humanos y materiales:* se desarrolla en el Reglamento, el Registro Público Concursal, examen de acceso, cuenta de garantía arancelaria, designaciones por sorteo, etc., y se pretende que se realice sin incluir ninguna partida presupuestaria. Creemos que el nuevo sistema, que guarda claros parecidos con el sistema de auditoría, no cuenta con un organismo similar, que pase a coordinar su estructura. Recordemos la experiencia del Registro de Mediadores, que, al no disponer de medios, no ha funcionado como debiera.
- c) *Colaboración de las organizaciones colegiales en la formación y pruebas:* (art. 27 vigente) para la organización de la formación y para, en su caso, las correspondientes pruebas, verificación de requisitos, en relación con el Registro Público Concursal. Desde nuestras organizaciones colegiales ofrecemos nuestra colaboración.
- d) *Gestión electrónica de designación de administradores concursales:* los Colegios Profesionales, Consejos Generales, y corporaciones representativas de las profesiones habilitadas como administradores concursales, podrán habilitar herramientas electrónicas para la asistencia a los jueces de lo mercantil, publicando el listado de miembros inscritos en el Registro Público Concursal, así como la información de requisitos de formación y nombramientos previos transitorios.
- e) *Debe concretarse cuándo entra en vigor Lexnet para el ámbito concursal:* el nuevo Reglamento que regula Lexnet, publicado en el BOE el 1/12/2015, Real Decreto 1065/2015, de 27 de noviembre, estableció en la DT 3.^a que Lexnet no es aplicable de forma obligatoria a administradores concursales, hasta el día siguiente a la publicación del desarrollo reglamentario. Estimamos que se debería modificar esta cuestión, al quedar la entrada en vigor indeterminada y se debería fijar una fecha razonable y consensuada con las orga-

nizaciones profesionales representativas del artículo 27 para su entrada en vigor.

- f) *El régimen transitorio por el que se exceptiona del deber de realizar el examen de acceso, y exigir un número de concursos concluidos nos parece cerrado*: muy pocos administradores concursales van a poder cumplir con dicho requisito, porque la conclusión no depende en muchas ocasiones de la eficiencia del administrador concursal, sino de factores ajenos.

6. Conclusión

Como observamos, la normativa concursal ha cambiado significativamente en el último siglo y especialmente en los últimos doce años, fundamentalmente debido a que no olvidemos que el derecho concursal se aplica en la empresa, rea-

lidad económica en continuo cambio y transformación. Quedan importantes cambios pendientes de modificación en el ámbito concursal, como indicamos en los puntos anteriores, que esperamos puedan abordarse en una próxima reforma, que pueda realizarse de una forma más pausada y estructurada.

Siglas

FOGASA: Fondo de Garantía Salarial.

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.

LexNET: Plataforma de intercambio seguro de información entre los órganos judiciales y operadores jurídicos.

DT: Disposición Transitoria. 