

# La reforma concursal obliga a los jueces a su interpretación y divulgación

XAVIER GIL PECHARROMÁN

19/08/2015

No existe una Ley que haya sufrido tantas reformas en los últimos años, como ha sucedido con la Concursal. Desde el año 2003, los distintos Gobiernos han tratado de poner coto a los graves problemas que han ido surgiendo en la aplicación de una Ley elaborada en los momentos previos al inicio de la crisis económica, que disparó la complejidad y el número de los procedimientos.

Desde la publicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, una larga lista de reformas parciales se han ido siguiendo sin parar, modificando la norma en mayor o menor grado: Ley 36/2003, de 11 de noviembre; Ley 6/2005, de 22 de abril; Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo; Ley 25/2005, de 24 de noviembre; Ley 30/2007, de 30 de octubre; Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo; Real Decreto-Ley 9/2009, de 26 de junio; Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley 11/2011, de 20 de mayo; Ley 38/2011, de 10 de octubre; Real Decreto-Ley 24/2012, de 31 de agosto; Ley 9/2012, de 14 de noviembre; Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto; Ley 14/2013, de 27 de septiembre; Ley 26/2013, de 27 de diciembre; Ley 1/2014, de 28 de febrero; Real Decreto-Ley 4/2014, de 7 de marzo; Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre; 5/2015, de 27 de abril; Ley 17/2014, de 30 de septiembre; Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero; Ley 9/2015, de 25 de mayo; Ley 11/2015, de 18 de junio; Ley 20/2015, de 14 de julio. A estas reformas normativas hay que añadir la reciente Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.

La formación de los administradores concursales se ha convertido en uno de los asuntos que quedan al margen del futuro Estatuto del Administrador Concursal, como consecuencia de la elección del Gobierno del examen de acceso en lugar de la formación inicial y continua que se preveían en el anterior borrador.

## **Una gestión prácticamente imposible**

Las estadísticas y las previsiones sobre el ámbito concursal son bastante escasas y circunscritas a aspectos básicos; por ello, es importante saber que las listas de administradores concursales de los decanatos de los Colegios de Abogados, Economistas, Titulares Mercantiles y en el Instituto de Censores Jurados, superan en la actualidad los 40.000 profesionales inscritos, lo que hace casi imposible su gestión a la hora de que los jueces procedan a la designación de los profesionales más competentes para cada procedimiento. Según datos del Ministerio de Justicia, se estima que tan sólo alrededor de 8.000 profesionales han sido designados al menos una vez para ejercer en un procedimiento.

En el anterior borrador del proyecto se regulaba que la experiencia profesional inicial debería ser de cinco años en el ejercicio para personas físicas, exigencia que deberán reunir los socios de

las personas jurídicas, que han de estar compuestas, al menos, por un abogado y otro miembro del resto de las profesiones reconocidas que cumplan los requisitos de acceso.

Sin mayor concreción, se exige en el nuevo texto reglamentario una formación inicial especializada, pero el requisito básico para el ejercicio de la administración concursal pasa a ser el examen de aptitud profesional que llevará a cabo el Ministerio de Justicia y que cumplirá una función de filtro y de profesionalización de esta actividad. Quienes superen este examen podrán darse de alta en la Sección Cuarta del Registro Público Concursal y mantener una formación continuada, de al menos 25 horas lectivas anuales.

### **Los jueces aclaran el camino**

El asunto no es baladí. No hay más que recordar las reuniones mantenidas por los jueces de Madrid y Barcelona para intentar unificar criterios sobre una Ley que en cada reforma ha ido a solucionar problemas surgidos en el gran maremagnum de procedimientos que la crisis ha generado, pero que en todas y cada una de ellas ha dejado graves problemas sin resolver y en buena parte de los casos se ha prestado a las interpretaciones más dispares por su falta de claridad.

Así, ante la reforma introducida por el Real Decreto 4/2014, de 7 de marzo, se estableció entre los jueces de Barcelona el compromiso de no iniciar o continuar ejecuciones individuales frente al deudor en tanto se negociase un acuerdo de refinanciación, siempre que se justificase que un porcentaje no inferior al 51 por ciento de pasivos financieros apoyaban el inicio del proceso negociador.

En su Informe de Conclusiones, en el que consideran que cuando la norma habla de paralización de ejecuciones con garantía real, se determinó que se debe entender que la referencia a los bienes necesarios cuando menciona las ejecuciones no reales y el trato del acreedor con garantía real tras declararse el concurso deben llevar a entender que la paralización sólo deberá producirse ante bienes necesarios para la actividad. Por el contrario, en estos supuestos, para el resto de las ejecuciones sin garantía real, consideraron que no podrían iniciarse ejecuciones singulares y las que estuviesen en trámite se suspenderían tanto si afectaban a bienes necesarios como no necesarios, puesto que la norma en este supuesto no lo especifica al no diferenciar.

Los jueces de Madrid, por su parte, analizaban aspectos muy variados referidos a la homologación y rescisión de refinanciaciones, convenio, calificación y venta de unidad productiva. Los cambios normativos propiciaron la aparición de todo tipo de lagunas e incoherencias.

### **Un ejemplo palmario: el tratamiento de los 'swaps'**

Un ejemplo palmario se dio con el tratamiento de los instrumentos financieros derivados en el concurso, que fue protagonista en la reforma de 2011, aunque las graves dudas que generaba su tratamiento en la Ley dejaban en la práctica el asunto sin resolver, a pesar de que se modificó el artículo 16 de la Ley Concursal. El problema es que este artículo obligaba a las entidades financieras a liquidar el contrato de swap tras declararse el concurso, pero las entidades

financieras, en aplicación de la Ley Concursal, interpretaban que era un crédito contra la masa. Los juzgados emitieron diversas sentencias, hasta la de 19 de noviembre de 2008 del juzgado nº 2 de Barcelona, aceptada por los la mayoría de los jueces en el seminario de Barcelona del año pasado. A partir de ella, el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona emitió la utilización de los swap como una estrategia de blindaje de intereses.

Esta sentencia evidenciaba que muchos deudores concertaban operaciones de pasivo, sin que previamente tuviesen costumbre de hacerlo. En ellas existía un compromiso de permuta de intereses fijos por variables, lo que beneficiaba a la entidad financiera tras la declaración del concurso. Hasta este fallo, no recibían el tratamiento general de créditos subordinados, pero desde entonces, los intereses permutados sí que lo están recibiendo. La reforma, sin embargo, no aportó soluciones al problema, y la solución quedó pendiente del criterio interpretativo de los jueces, convencidos de que cuando el asunto llegase al Tribunal Supremo, ya habría pasado lo peor de la crisis y la mayoría de estas operaciones están relacionadas con el pasivo.

Es en este dantesco escenario, cuando diversas organizaciones inician la celebración de jornadas, seminarios y cursos para que quienes aspiraban a ser administradores o mediadores concursales pudiesen saber de primera mano cuál era la interpretación que realizaban los jueces encargados de aplicar la Ley Concursal y todas sus costuras posteriores.

Así, jueces de todos los rincones de España se dan cita en estos macrocursos iniciados desde el momento en que comienza a tramitarse la norma y van creciendo en interés y frecuencia conforme van surgiendo las reformas legislativas. Ahora se critica su presencia en aquellos foros desde algunos sectores de la administración concursal no especialmente favorecidos por las nominaciones. En los años 2010 a 2012 se les exigía la participación en la divulgación de la legislación desde todos los rincones.

### **Diferentes ejemplos de colaboración**

Destaca el I Foro Concursal, organizado por Fundieco -presidida por el administrador concursal Pedro Martín-, celebrado en 2011 e inaugurado por el vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial, Fernando de Rosa, que se estructuró en siete mesas en las que se hizo un recorrido sobre las deficiencias e incoherencias de la Ley, así como sobre las carencias sobre los acuerdos de refinanciación como alternativa al concurso o el concurso necesario, o la necesidad del concurso de persona física. Este Foro marcó tendencia en toda España.

El II Foro de Derecho Concursal, inaugurado por Jaime Mayor Oreja, jefe de la Delegación Española en el Parlamento Europeo del Grupo Popular Europeo y vicepresidente del Grupo Popular Europeo, mientras el presidente del Registro de Economistas Forenses (Refor), Leopoldo Pons Albertosa, fue el encargado de su clausura. En esta ocasión, se estructuró el Foro en trece mesas redondas, que contaron con la intervención de cincuenta jueces y magistrados de lo mercantil de reconocido prestigio en todo el país, que centraron sus intervenciones en las principales novedades de la nueva Ley de Derecho Concursal, que entró en vigor el 1 de enero de 2012.

El curso superior de Administradores Concursales celebrado en diversas comunidades autónomas, en el que participaron más de una veintena de magistrados, economistas y decanos

de colegios profesionales, cuyas horas son homologadas como lectivas para la formación continua por el Registro de Economistas Forenses del Consejo General de Colegios de Economistas de España y la colaboración de las Cámara de Comercio y del Centro Universitario Villanueva.

Mucha importancia tuvo el Congreso Internacional sobre refinanciación, reestructuración de deuda empresarial y reforma concursal, celebrado en 2014, dirigido por la Catedrática de Derecho Mercantil, Juana Pulgar con la colaboración del Departamento de Derecho Mercantil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, los Colegio de Abogados y Economistas de Madrid, la Fundación para la investigación del Derecho (FIDE), el Refor y el Consejo General de la Abogacía, en el que participaron catedráticos, magistrados mercantiles y abogados, representantes de los Ministerios de Justicia y Economía, y administradores concursales.

Otro evento, que reunió a magistrados mercantiles, catedráticos y representantes de la Administración, con una importancia destacable , es el Congreso de Derecho Mercantil de Andalucía, organizado por la Asociación de Expertos en Derecho Financiero y Mercantil, con el apoyo de los colegios de abogados y de economistas, el Refor y el Instituto de Censores Jurados de Cuentas.