

# **Mercados competitivos en el mundo concursal. De las curvas de oferta y demanda a la aplicación de mecanismos de teoría de conjuntos.**

Leopoldo Pons Albentosa

Presidente del Registro de Economistas Forenses (REFor) – Consejo General de Colegios de Economistas de España (CGCEE)

29 de noviembre de 2011.

## **Sumario.**

El trabajo que ahora presentamos forma parte de una serie de reflexiones respecto de cómo encontrar soluciones de optimalidad en la asignación de los recursos en los mercados regulados en el mundo concursal, y ello tanto por lo que respecta a los operadores judiciales, judicatura de lo mercantil, como de la Administración concursal. Intentaremos demostrar que el modelo español contiene fuertes dosis de ineficiencia, porque ni son todos los casos propios del mundo concursal, ni están en esta vía procesal todas las insolvencias que deberían estar, y las estadísticas así lo demuestran de forma palpable. Proponemos una solución coordinada tanto para el espectro de la demanda de administradores concursales como para la oferta que generan los mismos, y para ello nos trasladamos de las correspondientes curvas de oferta y demanda y la casación de las mismas, a los escenarios de teoría de conjuntos del mercado regulado en el que se mueve la solución de las insolvencias en todos los modelos eficientes del entorno comparado. El ejemplo se construye sobre la reforma introducida por la Ley 38/2011, es decir, distinción de concursos ordinarios de especial trascendencia del resto de concursos, y administración concursal con experiencia o formación especial del resto de administradores concursales.

## **Índice**

1. La administración concursal profesional en la Reforma de la Ley 38/2011, de la Ley Concursal. Un preámbulo general a un entorno de mercado.
2. El Título Segundo de la Ley 22/2003, en el formato reformado por la Ley 38/2011. El administrador concursal profesional.
3. las curvas de oferta y demanda y sus revisiones en el mundo concursal. Del plano tradicional a la teoría de conjuntos aplicada.
4. Los apuntes a experiencias comparadas.

## **1. La Administración concursal profesional en la Reforma de la Ley 38/2011, de la Ley Concursal. Un preámbulo general a un entorno de mercado.**

Tradicionalmente en contextos de mercados competitivos se suele hablar de cantidades y precios, a los que los oferentes y demandantes están dispuestos a casar sus respectivas posiciones. Sin embargo esta fórmula no deja de ser un mecanismo de referencia analítica, ya que en la práctica la conformación de ambas curvas depende de otras muchas variables, donde los factores diferenciales sobre el producto es uno de los relevantes. Ello implica pensar en los precios de una forma más abstracta de lo que la

representación en el plano, únicamente con dos variables, permite. En el caso de los nombramientos de los administradores concursales profesionales la cuestión encierra más elementos de complicación, como corresponde a todo mercado regulado, donde los precios, honorarios, están tasados a priori, mediante arancel, mientras que la designación concreta de los mismos es realizado por un operador objetivo, el juez de lo mercantil, que actúa como asignador óptimo de los recursos disponibles y en función de un concepto, entre genérico y circunstancial, y en última instancia en interés de cada concurso.

La definición, y consecuentemente regulación, en su caso, tanto del perfil del administrador concursal profesional como de los concursos a gestionar, es un preámbulo necesario a la hora de conseguir que el mundo de las insolvencias pueda funcionar razonablemente bien, y en esta última faceta de la cuestión también es necesario realizar una inmersión, ya que afecta directamente al otro escenario del mercado. Por ello las reflexiones que ahora realizamos se incardinan tanto en esta geografía genérica como en la intención práctica de apuntar soluciones de eficiencia en el funcionamiento del mismo. No obstante, estamos ante un punto de inflexión en el contexto español, y ello no solo porque asistimos a una reforma de la Ley Concursal de gran calado, en la que la administración concursal profesional ha sido profundamente revisada, sino porque seguramente estamos lejos de haber terminado con el proceso de reforma del modelo inaugurado en el ya lejanísimo, en términos reales, año 2003.

## **2. El Título Segundo de la Ley 22/2003, en el formato reformado por la Ley 38/2011. El administrador concursal profesional.**

El legislador ha dedicado gran interés al Título Segundo de la Ley 22/2003, artículos 26 a 39, con adiciones y variaciones de calado, que caminan en la línea, más o menos según los casos, de los modelos internacionales próximos de la consolidación de este tipo de mercado como variable clave del mejor funcionamiento de un mundo que, en nuestro caso, aún tiene que recorrer un largo camino reorientador para que lo podamos considerar mínimamente aceptable.

La solución elegida se decanta, en este escenario del administrador concursal profesional, por el diseño y fomento de un mercado lo más competitivo posible, sin perder de vista el factor de eficiencia que debe regir como criterio único las decisiones de aunar a cada concurso específico con la administración concursal profesional mejor preparada para acometer tales funciones. Obsérvese, no obstante, que en todo momento estamos circunscribiendo el análisis a este perfil, dejando fuera los casos del acreedor y de los concursos especiales del mercado de valores o del sistema financiero y asegurador, que obligarían a abrir otros ámbitos de análisis que no serán, por razones de la mejor ubicación posible, objeto de estudio en estos momentos.

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de Reforma de la Ley Concursal ha consagrado, al final del debate parlamentario, un diseño de administración concursal netamente profesional basado en dos pilares de sustento,

- (i) Las condiciones concretas de especialización en el ámbito concursal del administrador concursal del artículo 27.1, números 1º y 2º, vigentes a partir del 1 de enero de 2012, trasladan al ámbito de las condiciones subjetivas que deben cumplir los administradores concursales profesionales personas naturales, el arquetipo de la Ley de acceso a la Abogacía de 2006, Ley 34/2006, de 30 de octubre y su desarrollo reglamentario de 2011, Real Decreto 775/2011, de 3 de junio, de la formación demostrada en Derecho, en este caso, "Concursal". En este contexto, la voz utilizada en el mundo concursal es idéntica a la correspondiente a la del ejercicio profesional de la Abogacía en general, sin más añadido, precisamente, que el del concursal, y obsérvese que con mayúsculas. Para el caso de los economistas, titulados mercantiles y auditores, el asunto debe entenderse en idéntica dirección, si bien por carecer de esta terminología específica, se redacta con el tenor de "especialización demostrable, en el ámbito concursal".
- (ii) Un entorno de funcionamiento en mercados eficientes y de competencia, sustanciado en la construcción de las correspondientes listas de administradores profesionales. Aquí el legislador ha recorrido y ampliado los criterios que, con carácter general, deben concurrir a la hora de la designación de los administradores concursales por parte de los jueces de lo mercantil. Se articula un mecanismo de referencia en el marco de los concursos ordinarios, en función de la experiencia previa, y se prevé el nombramiento de auxiliares delegados en determinados casos, como el de los concursos de especial trascendencia.

Como híbrido, en este escenario, aparecen las personas jurídicas como administradores concursales profesionales, de perímetros pluridisciplinares, con integración necesaria de abogados y economistas, titulares mercantiles o auditores, que asegure la pluridisciplinariedad de los equipos que la misma debe ofrecer a la hora de presentar sus credenciales en el mercado.

### **3. Las curvas de oferta y demanda y sus revisiones en el mundo concursal. Del plano tradicional a la teoría de conjuntos aplicada.**

Los mercados competitivos eficientes necesitan contar, por su parte, de curvas de oferta y demanda conocidas, explícitas, razonablemente elásticas. En el mundo concursal estas referencias se expresan en los siguientes términos esquemáticos:

- (i) La curva de oferta, los administradores concursales, debe recoger el número, las características y las tipologías de los existentes, como mecanismo de sustitución respecto del precio que, en un principio, viene reglado apriorísticamente y en función del tamaño del concurso, arancel reglamentario.
- (ii) La curva de demanda, los concursos existentes, debe recoger su número, características y tipología, ordinarios y abreviados, de convenio y de liquidación, con convenio anticipado o con refinanciación, entre otros posibles criterios discriminantes.

La Ley 38/2011 se ha aproximado a estos dos parámetros de las curvas de oferta y demanda, al cerrar tanto las condiciones subjetivas que deben reunir como al considerarlas por sí mismo en un instituto unimembre, identificando los casos especiales de nombramiento, concursos ordinarios, caso de la oferta. Por lo que respecta a la demanda, la ha ido conformando al ir definiendo los diferentes tipos de concursos, ordinarios, de especial trascendencia, sin masa suficiente, de liquidación, convenio anticipado, concursos conexos, grupos de sociedades, y también las peculiaridades de las personas físicas.

Por otro lado se mantiene en la idea del fomento de bases amplias de administradores concursales profesionales, al seguir limitando el número de nombramientos acumulados por juzgado, eso sí, promoviendo los criterios de diversidad según la experiencia en el mundo concursal, para el caso de las personas físicas que concurren al mercado.

Sin embargo, a la hora de identificar las mismas nos encontramos, al menos con dos dificultades a resolver. La primera es comprobar cómo la regulación española de los concursos introduce en esa categoría a una multitud de casos diferentes de muy difícil asignación a un conjunto más o menos homogéneo o a otro. Nuestro modelo permite tal disparidad de situaciones que hace, en muchos casos, del proceso concursal una solución muy lejana de los objetivos de eficiencia en su resolución, y ello convierte el parquet, por utilizar el argot bursátil, en un mundo de desencuentros de muy difícil casación. Haría falta previamente delimitar el mundo de las insolvencias que debe ser incluido en la solución concursal como primera medida y ello debería incorporar las siguientes líneas de reforma:

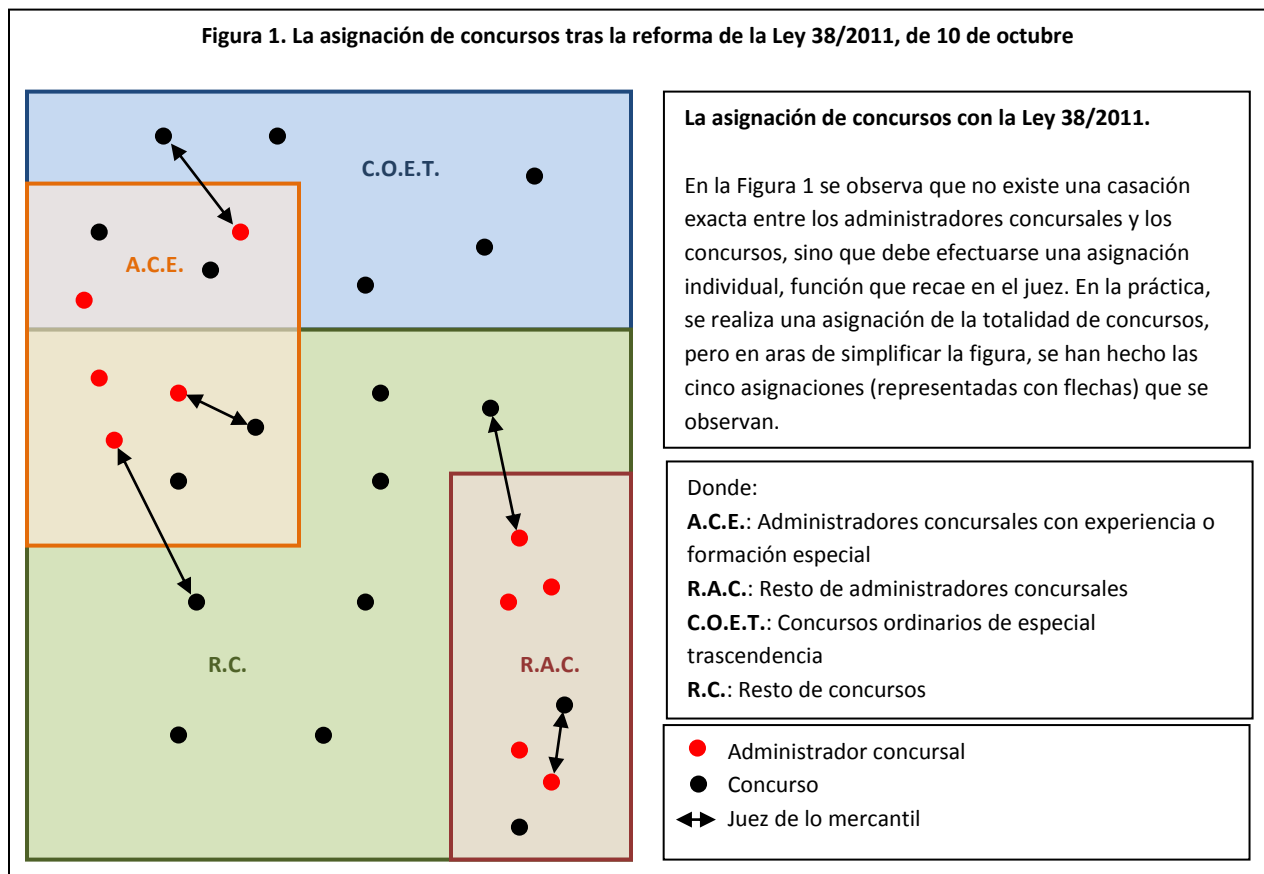
- (i) Exorbitar del concurso a las familias y consumidores sobreendeudados, en la línea apuntada en la discusión parlamentaria de la Reforma, atraer a la ley de Sociedades de Capital los casos de simple liquidación y consecuente disolución de sociedades.
- (ii) Incorporar, por el contrario, los casos naturales de solución concursal, y hacerlo en el número correcto y con la anticipación necesaria. Para ello habría que revisar en profundidad el instituto del concurso necesario para las entidades financieras y las administraciones públicas, introduciendo su impulso obligatorio para las mismas.

A partir de aquí, las geografías concursales españolas empezarían a funcionar de forma razonablemente homologable con el contexto internacional próximo. Permítasenos un ejercicio numérico tomando como referencia el ejercicio 2011, por otro lado perfectamente trasladable a años precedentes. El periodo depara unos 7.000 casos de insolvencias declaradas, computando todos los casos individualizadamente, de los mismos del orden de unos 1.500 serán personas físicas que deberían quedar fuera, según el postulado (i), y de las 5.500 personas jurídicas concursadas unas 4.000 son casos claros de liquidación propios de la Ley de Sociedades de Capital, segundo caso de (i), y no del iter concursal.

Seguidamente, habría que incorporar el efecto del concurso necesario de (ii), lo cual nos llevaría a una población concursal cabalgando en los entornos de las 20.000 empresas, y un vez situados en estas fronteras, cabría delimitar las soluciones de viabilidad y complejidad empresarial de los expedientes de liquidación de activos especializados, mundo a separar de la solución del segundo segmento de (i).

Con todo, traducir la regulación reformada a un marco de curvas tradicional resulta de escasa practicidad, dado que su regulación elimina las referencias del eje de coordenadas en el plano, la escala de precios en subasta para un mismo caso. Por otro lado, tampoco hace posible establecer la casación por simple cruce con la correspondiente curva de oferta, porque la misma se construye a partir de grandes grupos con identificación normalizada, homologable. Por último, quien realiza la correspondiente conexión, el juez de lo mercantil competente del caso, actúa en una suerte de arbitraje al designar al administrador concreto según el concurso ante el que se encuentra. Probablemente en la práctica veríamos multitud de curvas de demanda convertidas en puntos en el eje de coordenadas y, a su vez, igual abundante número de puntos en la oferta, que necesitaran de esa intervención del juez para encontrarse.

Visualmente se puede ensayar a través de la explicitación de los subconjuntos de oferta y demanda, para a continuación establecer el vector de conexión de cada caso:



**Fuente:** Elaboración propia a partir del ejemplo numérico de simple carácter ilustrativo y operacional.

#### 4. Los apuntes de las experiencias comparadas.

Todos los modelos comparados acometen el problema de las insolvencias separando escenarios, según sean consumidores finales o empresas, y dentro de estas últimas se distingue según estemos ante situaciones de liquidación propias de las leyes generales las sociedades de capital, o deban ser acometidas por las especiales de las insolvencias. De igual forma se construyen poblaciones de profesionales con características diferentes, según su perfil para acometer las diferentes tipologías de concursos.

Todos ellos se preocupan de que el ejercicio profesional esté regulado a través de un reconocimiento específico de un título habilitador, con corporaciones de derecho público de base asociativa que se encargan del autocontrol deontológico y de la formación de la oferta, acceso a la profesión y formación continuada. Asimismo, han establecido fórmulas de cobertura de honorarios profesionales que tienden a asegurar la independencia y eficiencia en el ejercicio del cargo, con soluciones de mínimos cuando es preciso.

Sin embargo, los modelos aplicados varían de un país a otro, adaptando cada uno de ellos fórmulas compatibles con la organización judicial, la experiencia y tradición propias, lo cual no ha evitado profundos cambios en los últimos diez años ante los nuevos problemas de sobreendeudamiento del consumidor y liquidación estricta de empresas.

En nuestro caso acabamos de empezar y sería muy conveniente aprovechar el impulso reformador de la Ley 38/2011 para continuar con los ajustes y mejoras en esta materia, además de tener que ir aclarando posiciones respecto de lo modificado, con especial énfasis en las personas jurídicas.

n.b.: 1. El texto que ahora se aporta se ha realizado a partir de la ponencia desarrollada en el seno de las Jornadas X del Consejo General de la Abogacía, Nótese que a los efectos de simplificar el discurso se ha dotado al mismo de un carácter más general que el que hubiese derivado de habernos centrado exclusivamente en el caso de los concursos ordinarios de especial trascendencia.

2. Estos trabajos quedan en el entorno de un conjunto de aproximaciones al mundo de las insolvencias en su solución concreta de la ley Concursal española, y en particular, de la posición adoptada con la reforma de la misma, Ley 38/2011, de 10 de octubre. Los trabajos cuantitativos y de análisis han sido diseñados y contruidos en el marco del equipo del despacho que tengo el honor de dirigir, **Leopoldo Pons** Abogados y Economistas, obrando en nuestro seno el dossier de archivos permanentes y vivos que de una forma u otra arropan las afirmaciones y discursos aquí trasladados. Agradezco encarecidamente a mi equipo circundante sus necesarias aportaciones a los mismos.