

## **La Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) como administrador concursal**

### **NOMBRAMIENTO**

EL art. 27 todavía en vigor, determina que la administración concursal está integrada por:

- Un abogado con experiencia de al menos cinco años de ejercicio efectivo
- Un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil con cinco años de experiencia de ejercicio efectivo
- Un acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado

Como excepción se prevé que en los procedimientos abreviados la administración concursal esté integrada por un único miembro.

El art. 27.4 LC establece que “cuando el acreedor designado sea una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier funcionario con titulación de licenciado en áreas económicas o jurídicas” .

La intervención de estos funcionarios no dará lugar a retribución alguna.

La reforma de la LC que supuso el RDL 3/2009, de 27 de marzo también indicó que su régimen de responsabilidad será el específico de la legislación administrativa.

El nuevo art. 27 redactado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre cambia totalmente, pues la AC estará integrada por un único miembro que deberá reunir las siguientes condiciones:

- Como antes ser abogado con cinco años de experiencia y acreditar formación especializada en Derecho Concursal.
- Ser economista, titulado mercantil o auditor de cuentas con cinco años de experiencia , con especialización demostrable en el ámbito concursal.
- También podrá designarse a una persona jurídica en la que se integre al menos un abogado o economista con las características dichas.

- Solamente en los **concursos ordinarios de especial trascendencia** el juez nombrará a un administrador concursal acreedor que sea titular de un crédito ordinario o con privilegio general que no esté garantizado de entre los que figuren en el primer tercio de mayor importe.

-Cuando el acreedor designado sea una Administración pública o una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella, la designación del profesional podrá recaer en cualquier **empleado público** con titulación universitaria, de graduado o licenciado en áreas económicas o jurídicas. Pero ya no dice nada de que su desempeño sea gratuito.

Una curiosidad: tanto el anterior artículo como el reformado, hacen referencia al **compromiso de su formación** en materia concursal ¿cómo se acredita?

El art. 27 bis define los **concursos de especial trascendencia** que serán aquellos en los que concurra uno de los siguientes requisitos:

- a) Cifra de negocio igual o superior a cien millones de euros en cualquiera de los tres ejercicios anteriores.
- b) El importe de la masa pasiva sea superior a cien millones de euros.
- c) El número de acreedores sea superior a mil.
- d) El número de trabajadores sea superior a cien o lo haya sido en los tres ejercicios anteriores.

En todo caso, el juez del concurso, de oficio o a instancia de un acreedor de carácter público o de la administración concursal, en aquellos concursos en que exista una **causa de interés público** que así lo justifique y aún cuando no concurren los supuestos mencionados en este artículo podrá nombrar como administrador concursal acreedor a una Administración pública o a una entidad de derecho público vinculada o dependiente de ella.

En el caso de la AEAT puede ser designada administradora concursal por dos vías:

- a) La primera es que sea un concurso de especial trascendencia, que sea titular de un crédito ordinario o privilegiado no garantizado y además que su crédito esté entre el tercio de mayor importe. Tampoco podrá ser cuando las únicas deudas que tenga no sean de titularidad de la

Hacienda Pública, sino que sea deudas de entes públicos o de comunidades autónomas cuyas deudas gestionamos por convenio. Es una gestión por cuenta de ellos pero no nos convierte en acreedores, aunque en el certificado de deudas que enviamos al juzgado sean incluidas por la AEAT, porque así lo dice el propio convenio.

- b) Cuando exista **una causa de interés público** que así lo justifique aunque no sea un concurso de especial trascendencia.

Ha de designarse a un empleado público, no tiene por qué ser funcionario, con título universitario: graduado o licenciado en áreas económicas o jurídicas, y ya la Administración pública que sea designada administradora concursal acreedora será retribuida.

Me pregunto qué, siendo loable la justificación de la reforma en el preámbulo de la ley: reducir la factura de honorarios de la administración concursal y mejorar la toma de decisiones, si hemos dado con la tecla correcta. Mi experiencia como administrador concursal me dice que la participación de los tres administradores concursales hasta ahora, era conveniente porque se complementaban muy bien los ámbitos jurídicos y económicos y la visión de la satisfacción de los acreedores. Las decisiones se tomaban de forma colegiada por mayoría, pero sobre todo si es un administrador concursal sólo, bien sea abogado o economista le faltará la visión económica o jurídica respectivamente. Con otro inconveniente, en los concursos en régimen de intervención, el deudor concursado que es el que paga, siempre tiene la tentación de presionar al administrador concursal para que actúe siempre acorde con sus intereses, presión que se soporta mucho mejor cuando hay una pluralidad de miembros y si además está la AEAT esta tentación decrece. Volviendo al tema de la retribución, me pregunto si no hubiese sido más adecuado reducir el arancel, que está aprobado mediante un Real Decreto, estableciendo unas remuneraciones más acordes con los tiempos de crisis que estamos viviendo y que no hemos dudado en revisar en otros colectivos de profesionales. Cuando hablamos de dinero siempre es espinoso el asunto, pero parece que las retribuciones de algunos concursos parecen a todas luces desorbitadas. La justificación que ellos mismos dan es que asumen mucha responsabilidad. Debe haber un equilibrio entre trabajo, responsabilidad y

retribución. Dos comentarios: 1) puede haber alguien con más responsabilidad que un Presidente de Gobierno cuyo sueldo está fijado en los PGE, cuya cuantía anual todos conocen y 2) hay un exceso de oferta de profesionales para ser administradores concursales respecto de la demanda, esto quiere decir en términos económicos que los precios son atractivos y esto lo demuestra las visitas de cortesía que hacen algunos de estos profesionales a los juzgados para acreditar sus méritos en materia concursal. Por ello, el límite establecido en el 34.2 c) de la LC, cuando dice que la administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso entiendo que va en la dirección adecuada, solo falta que se concrete. No es lógico que una vez finalizada la fase común se retribuya un diez por ciento mensual de la retribución aprobada en la fase común, por la fase de convenio hasta que se dicte sentencia aprobatoria del convenio, sin límite alguno. Tampoco hay dicho límite en la fase de liquidación cuando esta se alarga más de un año, parece que el sistema incentiva a alargar estas fases para seguir devengando honorarios. Por todos estos motivos es bueno que se fije ya dicho límite.

## **ACEPTACIÓN**

El art. 29.2: “ Si el designado no comparece, no tuviera suscrito seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente suficiente o no aceptare el cargo, el juez procederá de inmediato a un nuevo nombramiento. A quien sin justa causa no compareciese, no tuviere suscrito seguro o no aceptare el cargo, no se le podrá designar administrador en los procedimientos concursales que puedan seguirse en el partido judicial durante un plazo de tres años.”

Cuando nombran a la AEAT administradora concursal, podemos tener problemas para encontrar un funcionario o empleado público dispuesto a ser administrador concursal. Si la AEAT no acepta el cargo, algún juez ha insistido en el nombramiento e incluso nos ha llegado a sancionar por tres años para ser nombrados administradores concursales.

La razón que solemos dar cuando no aceptamos el cargo es por insuficiente dotación de recursos humanos para el desempeño de esa función. Lo que si es

importante personarse en tiempo y forma (cinco días), pues un Juzgado de lo Mercantil de Madrid sancionó a la TGSS por no hacerlo.

La enmienda parlamentaria que introdujo esta sanción se justificaba porque algunos administradores podrían renunciar a los **concursos malos** para solo coger los buenos en términos de honorarios concursales. Pero en el caso de la AEAT, no tenía sentido esta sanción cuando el cargo era gratuito, por lo menos hasta el 31 de diciembre de 2011.

Desde mi punto de vista, como administrador concursal en representación de la AEAT, me siento más cómodo con el régimen anterior, pues tenemos una independencia de criterio no mancillada por el tema retributivo. Adicionalmente dado la escasez de recursos humanos que podíamos aportar, era un valor entendido que los administradores concursales profesionales con sus equipos absorbían más carga de trabajo y la función nuestra era más bien de supervisión y de toma de decisiones colegiadas con los demás miembros de la administración concursal. A partir del 1 de enero de 2012, al ser dos, el otro administrador concursal, al entender que estamos retribuidos, puede exigirnos el mismo esfuerzo de medios que los que el aporta. Veremos cómo funciona.

## **RELACIÓN CON LOS OTROS MIEMBROS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL**

Cuando un funcionario forma parte de una administración concursal debe cambiar su mentalidad. Por ejemplo, en mi caso que había sido durante seis años jefe de la unidad de procesos concursales de la Delegación Especial de la AEAT de Madrid, conocía a muchos profesionales del sector, con los cuales habías tenido disputas jurídicas, en ocasiones habíamos impugnado sus remuneraciones o sus dietas en caso de los síndicos, en definitiva estábamos defendiendo intereses contrapuestos.

De pronto si te nombran administrador concursal con otros dos compañeros profesionales, a partir de enero con otro, no puedes considerarles rivales, todos están en el mismo equipo, eso sí, rigiéndose por los principios de objetividad e independencia.

El funcionamiento viene regulado en el art. 35 LC: “las funciones se ejercerán de forma colegiada y las decisiones se adoptarán por mayoría. A partir de enero, cuando la administración concursal esté integrada por dos miembros las decisiones se adoptarán de forma mancomunada y en caso de disconformidad resolverá el juez.

Si cuento mi experiencia, tengo que decir que se ha trabajado en un ambiente de total confianza y lealtad, eso no quiere decir que no haya habido diferencias de criterio y de opinión.

Las decisiones que entendimos que eran relevantes se han incorporado a actas, como señala el art. 35 LC. En algunos casos, esas decisiones se han adoptado con mi abstención o mi oposición, cuando dichas decisiones eran contrarias a las posturas mantenidas institucionalmente por la AEAT.

Porque una cosa hay que tener clara: el funcionario nombrado administrador, solo puede representar a la AEAT. En la toma de decisiones sobre temas relevantes que pudieran implicar a la AEAT, yo consultaba con la persona designada por la Dirección de la AEAT, para representar dentro de la administración concursal la posición de la AEAT.

Por ello, es necesario que el funcionario cuente en todo momento con el apoyo de la estructura de la AEAT para que por una parte, la AEAT esté informada y por otra parte se adopten las decisiones oportunas para que no puedan darse contradicciones entre lo que defiende el funcionario dentro de la administración concursal y la postura institucional de la AEAT.

Así en la clasificación del crédito tributario, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero de 2009, me abstuve, porque el criterio de la AEAT era contrario al de los otros administradores concursales y lo lógico es que esas diferencias se tradujeran en el correspondiente incidente, sin que se viera lastrado por una postura contraria de la AEAT como administrador concursal.

También es necesaria la coordinación en temas contables y fiscales relativos al concursado en régimen de suspensión. Por ejemplo, el tratamiento contable o fiscal que debía darse a determinadas partidas, consultaba con los expertos de

la AEAT en esas materias, y no había ningún problema para que esas posiciones fueran apoyadas por el resto de miembros de la administración concursal.

Lógicamente esto tiene un corolario, si la concursada actúa según criterios de la AEAT, no sería de recibo que la Inspección de la AEAT citara al deudor concursado para comprobar dichos ejercicios y después levantara actas por aplicar o realizar una interpretación distinta a la mantenida inicialmente.

En definitiva si la AEAT actúa como administrador concursal en caso de suspensión, convendría que hubiera una coordinación total para que no haya contradicciones que no sería de fácil solución.

Siguiendo con el ejemplo anterior ¿qué ocurriría si se levantan actas con expediente sancionador y la sanción se califica como grave? Se daría la paradoja de que quién ejerce el control puede ser a su vez responsable solidario o subsidiario (como administrador infractor) de los arts 42 y 43 de la LGT.

## **REFLEXIONES FINALES**

1.- En relación con el IVA, hay que congratularse de la **Disposición final undécima bis** que prevé la inversión del sujeto pasivo en la entrega de bienes inmuebles efectuadas durante el proceso concursal. En la práctica, se estaban enajenado bienes inmuebles cuyo IVA, deuda contra la masa, aplicando el art. 154.2, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2011, se aplicaba a créditos contra la masa de vencimiento anterior según la administración concursal, para justificar la falta de ingreso del IVA. Si he poner algún pero, es por qué no ha entrado en vigor el día 12 de octubre de 2011.

2.- Las solicitudes de la administración concursal al juez, recogidas en el art. 43 de la LC para poder enajenar activos durante la fase común, que permitan financiar el concurso. En mi opinión, la administración concursal debería ser muy restrictiva cuando el concursado es una empresa inactiva o en hibernación, como actualmente están algunas inmobiliarias en concurso, que deberían solicitar la liquidación.

Voy a poner un ejemplo real que se nos ha dado: la administración concursal pide autorización para vender un inmueble, que ni siquiera genera tesorería inmediata, en cinco plazos anuales a otra empresa del grupo y ese mismo día esta empresa que no estaba en concurso se lo vende a un acreedor concursal, que pagaba el IVA de la operación, el resto del precio lo pagaba con efectos endosados que habían sido impagados por el concursado. En la solicitud que se trasladaba a los acreedores no se contenía información de la forma de cobro ni que la empresa compradora era del grupo. Consideraciones:

- a) Como mínimo es un engaño a los demás acreedores del concurso.
- b) La empresa compradora, perteneciente al grupo, que no está en concurso, vende ese mismo día sin ningún control el inmueble a un acreedor concursal.
- c) Quiebra el principio de la par conditio creditorum.
- d) La administración concursal debe ser diligente para evitar estas operaciones, sino quiere ser responsable del daño que ocasiona al resto de acreedores.

Veamos otro ejemplo en relación con este tema, consultaron la siguiente operación a una asesoría fiscal: una entidad AAA compra un hotel en concurso de acreedores y dentro del acuerdo de compra-venta, la compradora asume el pago de los honorarios de la administración concursal hasta el importe de 650.000 € más IVA de dicha factura, pero esta factura no forma parte del precio y es asumida por el comprador de forma expresa e independiente del concurso siempre que la transmisión se haga efectiva mediante la correspondiente escritura pública. La pregunta que hicieron a la asesoría es si el IVA pagado a la administración concursal era deducible. La respuesta aunque para mi es clara, nos da lo mismo. Las preguntas que me surgen son:

- a) ¿Como la administración concursal permite que le paguen sus retribuciones de esta forma y en concepto de qué ?
- b) ¿No se está sustrayendo un importe que debía estar formando parte de la masa activa del concurso?
- c) ¿Podría suceder que si no lo hacen así pudieran correr peligro de cobro sus retribuciones?

Aunque la excusa ha sido el IVA, he puesto dos ejemplos de lo que no debe hacer la administración concursal.

3.- El art. 55.1 y 3 redactado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, me genera dudas:

Primero: si la diligencia de embargo es anterior a la fecha de declaración del concurso, parece que puedo continuar la ejecución salvo que el bien sea necesario para la continuidad la actividad.

Segundo: el levantamiento y cancelación de cargas no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos.

Tercero: si el juez nos dice que no es necesario y ejecutamos a qué deudas se aplicará el importe obtenido, ¿a todas incluidas en la diligencia de embargo? ¿O solo a las privilegiadas y el resto se incorpora a la masa activa?

Y si es posible, aunque el embargo no es una garantía real, en la práctica con esta redacción, tendría unos efectos muy parecidos.

4.- Las deudas contra la masa devengarán el recargo de apremio y los intereses de demora si no se paga a su vencimiento (art. 84.4 LC y DF undécima dando una nueva redacción al art. 164 de la LGT).