

La Sentencia del Juzgado de lo mercantil N° 1 de Málaga, de fecha 17 de enero de 2008, desestima la demanda de recusación formulada contra el profesional designado por el administrador concursal persona jurídica acreedora nombrado judicialmente, a la luz de lo dispuesto en el art. 30 de la Ley concursal y se extiende en la interpretación del art. 28.2, aportando doctrina que distingue entre el acreedor nombrado, su representante y el profesional que designa: «I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: A este juzgado fue turnada demanda incidental de recusación por la que se solicitaba la recusación de D... y se disponga su separación del cargo de administrador concursal por haber aceptado un cargo que le estaba prohibido por ley y haber silenciado esta circunstancia, y en consecuencia le designe sustituto.

SEGUNDO: Admitida a trámite se emplazó al citado administrador y a la sociedad designada como administradora concursal que lo había designado a su vez para que contestaran a la demanda.

TERCERO: Mediante escrito de fecha 4 de octubre de 2007 se presentó escrito por el procurador Sr. Gross Leiva, en nombre y representación de A NOVO COMLINK ESPAÑA SL (en adelante A Novo) quien se opuso a la misma alegando excepción de cosa juzgada, extemporaneidad de la pretensión recusatoria, inexistencia de causa de recusación. Igualmente se personó el procurador Sr. López Armada, en nombre y representación de D..., oponiéndose a la demanda alegando cosa juzgada y oponiéndose al fondo.

CUARTO: Citados a juicio se celebró conforme obra en autos quedando concluso para resolver y habiéndose cumplido todos los trámites pertinentes salvo el régimen de plazos debido a la carga competencial que soporta este juzgado.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO: La demanda presentada se ampara en lo previsto en los artículos 28.2, 30.3 y 33 de la Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal (LC) y pretende la separación por recusación de uno de los tres administradores concursales designados en el concurso de acreedores de la demandante VITELCOM MOBILE TECHNOLOGY SA (Vitelcom) que se concreta en el economista designado por el acreedor A NOVO COMLINK ESPAÑA SL (A Novo).

Se alega por parte de los codemandados la excepción de cosa juzgada respecto del Auto de 18 de mayo de 2007 dictado en el mismo procedimiento por el que se rechazó la separación pretendida del mismo al amparo del artículo 37 LC y que resolvía un escrito presentado por la concursada de fecha 25 de abril de 2007. En líneas genéricas el citado auto venía a señalar dos grandes apartados: por un lado que el procedimiento elegido del artículo 37 LC era el cauce idóneo, puesto que la causa alegada no entrada en un supuesto de recusación. En segundo lugar que no había lugar a entender que la limitación de tres nombramientos en dos años para el profesional designado por el acreedor nombrado como administrador concursal por el juzgado (28.2 de la Ley Concursal).

En la presente demanda se articula un nuevo precepto de interpretación que es el previsto en el artículo 30.3 LC que la demandante, considera haría que el citado codemandado estuviera en dicha causa de recusación.

A partir de ello procede rechazar la alegación de cosa juzgada respecto de la situación concreta alegada, aunque, como veremos, no por ello diferente en el fondo en cuanto a la pretensión (*petitum*) aunque sí en la acción (*actio*).

SEGUNDO: Conforme señala la demandante, y tras un estudio de la evolución legislativa de los preceptos reseñados, el demandado estaría incurso en causa de recusación de conformidad a lo previsto en el artículo 28.2 LC que establece que “*en caso de que existan suficientes personas disponibles en el listado correspondiente, no podrán ser nombrados administradores concursales los abogados, auditores, economistas o titulados mercantiles que hubieran sido designados para el dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores.*” Y continúa su razonamiento afirmando que el artículo 30.3 LC es donde se regula la cuestión, y que el juzgador, al resolver la causa de separación, debió haberlo aplicado conforme al principio “*iura novit curia*”. Incluso, al respecto, se llega a afirmar (último párrafo del folio 2 de la demanda) que “*curiosamente, el juzgador en su resolución cita el párrafo primero del artículo 30 de la Ley Concursal y omite toda referencia al artículo 30.3 de dicha Ley, que es donde se regula la cuestión planteada en nuestro escrito*”. Debe ser, a los efectos de la expresión “*curiosamente*” una articulación del derecho de accionar de la parte quien se ve sometida a su propia alegación y fundamentación confundiendo la acción y la pretensión y los principios derivados de nuestro derecho en relación a las teorías de la individualización y sustanciación, primando una sobre otra que, aun a pesar de ello, sólo constituye una opción que los tribunales no siempre contemplan desde el mismo prisma.

TERCERO: La primera cuestión a plantearnos, antes de entrar nuevamente en el análisis de lo señalado, es el propio plazo de recusación que se ampara en el artículo 33 de la Ley Concursal y que señala que (apartado tercero) “*habrá de promoverse tan pronto como el recusante tenga conocimiento de la causa en que se funde*”. Cuestión que ha sido abordada por una de las codemandadas en cuanto a la imprecisión del plazo y que la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge como de dos días para el supuesto de peritos y la LOPJ de 10 días para el supuesto de jueces y magistrados.

El artículo 132.2 de la LEC recoge la expresión “sin dilación”, para determinar los plazos cuando la norma no lo exprese.

La cuestión era conocida por la hoy demandante desde, al menos, el 25 de abril de 2007, planteándolo mediante escrito por ante este juzgado como causa de separación y no como supuesto de recusación; dicha petición fue resuelta, tras la contradicción necesaria, por auto de fecha 18 de mayo de 2007 (que la misma afirma se le notificó el 23 del mismo mes y año). El presente incidente se plantea en fecha de 2 de julio de 2007. Es por ello necesario determinar, como afirman las partes, la extemporaneidad del incidente planteado, sea cual sea el plazo que debemos aplicar, y el carácter meramente dilatorio (art. 11 de la LOPJ) que con el mismo se pretende.

CUARTO: Abundando aún más en la cuestión alegada, la actora señala que es aplicable el régimen del 28.2 en relación al 30.3 de la Ley Concursal en la limitación al tercer administrador concursal. La lectura pausada y tranquila, justificada y razonable, de ambos preceptos, nos llevan nuevamente a rechazar no sólo la cuestión del artículo 28.2 de la LC (que ya fue resuelta) sino también la prevista en el artículo 30.3 LC que ha sido aportada *ex novo* para motivar el incidente de recusación.

Cuando el artículo 28.2 LC limita el nombramiento de administradores concursales lo hace, conforme afirmamos en el auto referido, respecto de lo que hubieren sido “designados para dicho cargo por el mismo juzgado”. Ello nos llevaba a relacionar el precepto con el artículo 27 LC en tanto determinaba que la administración concursal estaría formada por un abogado, un auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados y un acreedor, que cumplieran los requisitos previstos en el precepto. Respecto de este último el artículo 27.1.3° LC señala, en su último apartado: “El juez *procederá al nombramiento tan pronto como le coste la existencia de acreedores en quienes concurran esas condiciones*”.

El siguiente apartado del mismo precepto señala que dicho acreedor designado (por el juzgador) administrador concursal y que sea persona jurídica, designará un profesional que reúna las condiciones del auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiados. Este profesional estará sometido al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal.

Por ello el designado se somete al régimen previsto en el artículo 28 de la LC en cuanto le sea aplicable. Y no lo es, en cuanto al supuesto del acreedor, porque la administración concursal se integra por quienes hemos señalado, con la matización de que si es persona jurídica deberá designar un profesional que reúna las condiciones previstas para el supuesto del 27.1.2° LC. Dicho profesional no es designado por el Juez sino por dicha persona jurídica y así lo señala el citado precepto al recoger que será la persona jurídica la que designará a dicho profesional.

Por ello no es posible que le incumba la limitación de ese triple llamamiento por el juzgador a quien se dirige la prohibición de designación y así se justifica en las referidas enmiendas que recoge la demandante.

Es curioso determinar también que cuando la norma se refiere a este profesional y le somete al mismo régimen de incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones que los demás miembros de la administración concursal no le somete al régimen de responsabilidad.

Bien es cierto que el legislador confunde a lo largo de la normativa los conceptos y la naturaleza de los administradores concursales y también que la doctrina ha venido haciendo llamamientos continuos a la necesidad de delimitar legislativamente dichos apartados. Pero también lo es que la decisión del administrador concursal persona jurídica no puede estar limitada en su elección a un concreto profesional, porque haya sido designado por el juzgador en otro proceso concursal pues ello modularía y limitaría la capacidad de actuación de las personas jurídicas para poder personarse en los diferentes procedimientos exigiéndoles, además, un control exacto de todos y cada uno de los procesos concursales y de los administradores nombrados allí donde tengan intereses comerciales.

Pero, de forma contraria a lo que afirma la demandante, lo que el legislador no hace es confundir las tres figuras recogidas en el Título II de la Ley Concursal y que suponen: un acreedor nombrado administrador concursal; un profesional designado por el acreedor nombrado administrador concursal; y un representante nombrado por las personas jurídicas administradores.

Este último es, además, la intitulación del artículo 30 LC (Representación de las personas jurídicas administradores) y supone que el administrador concursal persona jurídica debe nombrar un representante persona natural (física) que haya de representarla en el ejercicio del cargo. Esta persona, representante, puede coincidir o no en el profesional designado, pero es diferente a esta última. Con ello tenemos un régimen diferente pues el representante de las personas jurídicas administradores están sujetos (30.3 LC) al mismo régimen de incompatibilidades, prohibiciones, recusación y responsabilidad y separación establecido para los administradores concursales. Sin embargo y de conformidad al artículo 27.1, penúltimo párrafo, el profesional solo está sujeto al régimen de incompatibilidades, incapacidades y prohibiciones (en tanto les sea aplicable) de la administración concursal. Como vemos, cuando la ley ha querido fijar el régimen de “recusación” y de “responsabilidad”, lo ha hecho expresamente.

Por ello son dos las razones que motiva, el rechazo de la aplicación que pretende la demandante al referirse al artículo 30.3 LC: en primer lugar que dicho régimen es aplicable al representante de la persona jurídica (que en el presente caso no se ha acreditado); en segundo lugar porque nuevamente se pone de manifiesto el régimen distinto al que se sujetan el profesional, el acreedor administrador concursal y el representante de este último.

QUINTO: Pero incluso considerando, a efectos meramente dialécticos, que la interpretación pudiera ser restrictiva (lo que contradiría la jurisprudencia al efecto de las interpretaciones de las normas prohibitivas) lo cierto es que se alega, y fue una cuestión no discutida, que el recusado interviene como administrador concursal en los procedimientos 79/05 y 523/06, designado por el juzgador, y en los procedimientos 355/06 y 63/07, como representante o profesional (cuestión no aclarada). El régimen es diferente puesto que se recoge una particularidad al efecto en el artículo 30.3 LC.

Si tenemos en cuenta la referencia que realiza la demandante (indistinta a la representación y designación profesional) la cuestión no habría sido probada. Si tenemos en cuenta el documento aportado por la misma en alegaciones realizadas por otros administradores la situación sería la siguiente:

El artículo citado señala que “no podrá ser nombrado representante la persona que hubiera actuado en el mismo juzgado como administrador concursal o representante de éste en tres concursos dentro de los dos años anteriores”. La posición que debe ocupar es entonces la de ser nombrado administrador concursal tres veces o representante de éste (¿?), es decir, del administrador concursal, en tres concursos.

Dicha limitación lo es, por tanto, al respecto de la designación como representante y no como profesional.

Teniendo en cuenta dicho documento aportado por la demandante el citado demandado habría sido nombrado como administrador en dos ocasiones (Autos 79/05 y Autos 523/06); habría sido designado profesional en el 355/06, cuyo representante es Grupo de Auditores Públicos S.A. No cumpliría, por tanto, con dicha limitación, tampoco, para la representación.

SEXTO: Incluso en el concepto desarrollado por la concursada y de la limitación que ha querido imponer también podríamos considerar, en base a dicho documento, que la

limitación opera por considerar los tres nombramientos en dos años. El artículo 28.2 nos señala -cito nuevamente- “...*que hubieran sido designados para dicho cargo por el mismo juzgado en tres concursos dentro de los dos años anteriores*”.

A efectos meramente dialécticos también cabría plantearse si -considerando que las limitaciones afectarían a todos los supuestos y a todos los llamamientos sin la distinción que hemos intentado realizar- la causa de recusación se da en el momento del planteamiento del incidente a fecha de 2 de julio de 2007.

Para el cómputo de dichos llamamientos la ley exige que hubieran sido designados dentro de los dos años anteriores. El nombramiento, conforme a dicho documento aportado por la actora, se produciría en fecha de 26 de marzo de 2007 (fecha de aceptación). Antes de eso es nombrada la sociedad A Novo como administradora concursal y esta designa al profesional que acepta en el mismo momento en la fecha señalada.

La estimación del incidente conllevaría el hecho -hipotético- de cesar en el cargo a dicho profesional que, sin embargo, podría ser designado, tras ese supuesto, de nuevo por la acreedora designada administradora concursal, puesto que a la fecha de interposición del incidente ya habrían transcurrido los dos años prohibitivos que la norma señala. Ello hace que el planteamiento del incidente sea inocuo y carezca realmente de objeto (art. 22 de la LEC) puesto que en el momento en que se plantea habrían dejado de existir las causas de prohibición que la parte señala.

SÉPTIMO. Por último es procedente plantearse el petitum en cuanto solicita su separación y que se “*le designe un sustituto*”. Dicha afirmación se contradice con lo previsto en el artículo 38.2 de la LC, precepto que nos sirve nuevamente para desestimar la cuestión concreta.

Si el cesado es el representante de una persona jurídica administradora el procedimiento es requerir la comunicación de otra persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo al acreedor designado.

Como vemos, el citado precepto, distingue nuevamente entre persona jurídica administradora y persona natural que haya de representarla en el ejercicio de su cargo, sin referencia al profesional.

OCTAVO: El planteamiento del presente incidente supone la reiteración, como hemos visto, de lo resuelto por auto de este juzgado de 18 de mayo de 2007 sustancialmente idéntico en la pretensión y diferente en la acción. El artículo 39 de la LC señala la firmeza de las resoluciones sobre nombramiento, recusación y cese de los administradores concursales y auxiliares delegados. Existe, por tanto, una actuación fraudulenta de la concursada en cuanto utiliza diferente cauce para lograr -cualquiera que sean las causas que lo motiven- la separación de uno de los miembros de la administración concursal en la condición señalada. Procede, a la vista de los artículos 394 LEC y 196 de la LC la expresa imposición de costas a la demandante.

Vistos los anteriores hechos y fundamentos de derecho.

FALLO: Que **DESESTIMO TOTALMENTE EL INCIDENTE DE RECUSACION** planteado por el/la procurador/a D./doña Berbel Cascales , en nombre y

representación de VITELCOM MOBILE TECHNOLOGY S.A. (concurada) y defendido/a por el abogado/a Sr./a D./doña Méndez González , contra D...., defendido por la letrada Sra. González Carazo y A NOVO COMLINK ESPAÑA SL, defendida por la letrado Sra. Mora Benavente , y en consecuencia:

Primero: Declaro no haber lugar a la separación de D... condenando a la demandante a estar y pasar por la presente declaración. Segundo: Con expresa imposición de costas a la demandante». D. Enrique Sanjuan y Muñoz.