

La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao, de fecha 25.01.2007, declara una incompatibilidad “de libro”, por tratarse de quiénes hayan prestado cualquier clase de servicios profesionales al deudor: «TERCERO.- Pues bien, en punto a la exégesis correcta de las causas de incompatibilidad absoluta de art. 28.1 y 4 LECO, debe defenderse, de un lado, la integración de estos dos mandatos normativos, dada la realidad del ejercicio profesional de los colegiados economistas auditores de este procedimiento (A); y de otro, negarse el empleo de un principio "ad restringenda", ya que no son prohibiciones o sanciones civiles (B).

A) En efecto, la práctica que se observa en los listados de colegiados de preparación económica es de ejercicio profesional como personas físicas, y en paralelo, asociándose en mercantiles cuya actividad es la misma, de manera que en unas ocasiones audita, administra, perita, o acepta el nombramiento de administrador concursal una persona natural, y en otras lo hace una persona jurídica que viene a ser representada por tal persona natural, siendo en todo caso el objeto material del trabajo uno idéntico. Y debe sostenerse con claridad, a fin de que ello se advierta no sólo en este expediente, que LECO expulsa la posibilidad de que los profesionales vinculados en sociedad con objeto profesional coincidente, sean administradores concursales del mismo concurso, en la medida que elimina la colegiabilidad por intereses coincidentes conforme art. 28.4 LECO. Y por lo menos, cuando como en el asunto, existe una indiferenciación de la prestación de servicios entre las personas físicas y la persona jurídica en que participan para la misma actividad, en cuanto a medios y práctica profesional, de manera que, a veces actúa formalmente una persona natural, a veces dos o más conjuntamente, y a veces, la sociedad en que se integran, sin que ello revista posibilidades de diferenciar materialmente el trabajo prestado, y al margen de quien es formalmente quien autoriza un documento, quien figura en la factura, etc., la incompatibilidad se transmite entre personas naturales y personas jurídicas. Toda inteligencia contraria supone burlar la vena ideológica del motivo de incompatibilidad por posibilidad de que se vislumbre un riesgo de resultar parcial, siquiera por el conocimiento previo de una realidad empresarial. Efectivamente, si se consigue demostrar que las personas naturales socias de personas jurídicas de la propia actividad profesional mantienen un alejamiento material arreglado al alejamiento formal, pudiera pensarse que quien ha prestado servicios al concursado, sea persona natural o jurídica, no transmite ese riesgo de parcialidad.

B) No hay ningún vector interpretativo de restricción en las causas de incapacidad y de incompatibilidad absoluta, como puede haberlo en cuanto a las prohibiciones o inelegibilidades, o incluso en cuanto a las condiciones para ejercer el cargo. El administrador concursal tiene un carácter bifronte como perito o dictaminador, auxiliar del juez, y otro papel de administración y representación de las masas, como parte necesaria del procedimiento, actuando en defensa de los acreedores, y dinamizando el trámite. Pero es que, por añadidura, este carácter bifronte, tiene perfil de intereses tutelados diverso, puesto que, si el administrador concursal es un órgano/parte, no deja de ser una parte oficial defensora de la legalidad, asentada en móviles iuspúblicos de la tutela del crédito y la empresa. Ello se desvela a la hora de ponerse a oponer a un convenio aprobado ex art. 128.2 LECO, al promover resolución en el informe de calificación de art. 169.1 LECO, o cuando es parte facultada para impulsar el procedimiento y recurrir todos los actos judiciales. Y es por ello que se consagra un campo de arbitrio judicial para el nombramiento de administradores concursales, pero vedando la posibilidad de separación libérrima por pura pérdida de confianza del juez, y generándose un marco de competencias de la administración concursal inabordable para el juez, en el plano de gestión.

No hay un parecido más cercano de "parte imparcial" con dificultosa concepción, que la institución del Ministerio Fiscal, y de ahí que, en el plano de la imparcialidad objetiva y su tutela, por el contrario que en cuanto a prohibiciones de cara a evitar el enquistamiento de "profesionales de la insolvencia", la interpretación no puede ser restrictiva.

Una vez sentada la doctrina al objeto de la contienda, se han barajado por quien promueve el incidente varias líneas de establecer un vínculo material entre los recusados y el tercero R... C..., quien efectuó la auditoría de las cuentas de Ostaila XXI S.L. pocos meses antes de la declaración del concurso.

Igualmente hay que esforzarse en ser cristalino en este punto. Tres ordenes elementos se ha señalado que unen a los Sres. O..., B... y C...: 1) Una ubicación física, compartiendo un local, unos servicios administrativos comunes, un teléfono y fax, una secretaria, etc.; 2) Unas determinadas formas "ad extra" como despacho profesional conjunto, de manera que se anuncia a los clientes y público en general como una comunidad de profesionales; 3) Un negocio común mediante sociedad mercantil de la profesión de economista auditor. Pues bien, ni la localización física o unos servicios en comunidad de gastos, ni las puras formas aparentes "ad extra" de una proximidad de compañeros colegiados sirve para asentar el ligamen material que arraigue la incompatibilidad.

En cambio, casi siempre vendrá determinada por la relación de sociedad para el objeto social coincidente con la actividad profesional de los socios Y de la relación de hechos probados cabe extraer que el Sr. O... no es incompatible con el cargo por razón de que el Sr. C... efectuara la auditoría de Otsaila XXI S.L., en tanto que sólo se han probado coincidencias físicas o de gastos compartidos.

En cambio, si aplicamos la inteligencia desenvuelta a la presente recusación es claro que el Sr. B... resulta incompatible con el cargo, por cuanto no sólo es socio de quien efectuó la auditoría en L... Auditores S.L., sino que se produce una indiferenciación en la prestación de servicios de estas dos personas naturales y la jurídica, el Sr. B... presta servicios de hecho en donde lo hace su socio, y precisamente a auxiliado a éste en la realización de la auditoría. Efectivamente, la ayuda del Sr. B... en el caso de la auditoría que preocupa pudo ser ínfima o meramente instrumental, pero el caso es que, dadas las circunstancias del ejercicio profesional ya sentadas, no hay manera de fijarlo de cara a la "ratio legis" de la causa de incompatibilidad por posible sospecha de parcialidad de art. 28.1 LECO.

Por lo tanto, se estimará parcialmente la recusación, cesando al recusado en quien aparece causa de incompatibilidad no detectada en su día». D. Edorta Josu Etxarandio Herrera