

DE LA PROLIFERACIÓN DE ACTIVIDADES CONCURRENCIALES ILÍCITAS O CONTRARIAS A DERECHO EN EL MARCO DE LA INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES ESPECIALIZADAS EN LOS PROCESOS DE LIQUIDACIÓN CONCURSAL.

Se viene observando de forma recurrente en los procesos concursales, concretamente en el trámite de alegaciones u observaciones al plan de liquidación propuesto por la administración concursal que el artículo 418 del TRLC confiere a los acreedores, una pretensión de los acreedores privilegiados especiales, fundamentalmente entidades financieras y fondos de inversión, de alterar la designación de la entidad especializada propuesta por el administrador concursal, sustituyéndola por otra a petición de estos últimos acreedores.

Esa pretensión de los acreedores hipotecarios viene casi siempre dirigida a la designación de una determinada entidad especializada. Los argumentos utilizados son, por una parte, inciertos; y, por otra, sugieren –en ocasiones de forma explícita y literal- razones o fundamentos ilícitos o contrarios a Derecho.

Compartiendo el criterio de parte de la doctrina que ha estudiado el mercado de este sector, esto es, la concurrencia de distintas entidades especializadas en la realización de bienes y derechos por designación judicial, *“garantizados los requisitos de accesibilidad y seguridad jurídica, no existe causa que justifique un trato diferencial entre entidades especializadas”* (sic) (Prof. Dr. Jaume Martí Miravalls, artículo publicado en la Ley Mercantil nº 73 de octubre 2020, titulado: las subastas electrónicas por entidad especializada como plataformas digitales: un análisis concurrencial). En su acertado análisis, advierte que, al menos en este momento, no consta la intervención de una entidad especializada pública en el sector y, analizando la estructura del artículo 641 LEC, en relación con la entidad especializada en cuestión, afirma que: *“pese a ser una “Corporación” de Derecho público, cuando actúan en el mercado para prestar el servicio de venta extrajudicial no son una “entidad pública especializada”. Son una “corporación” de Derecho Público que actúan en el mercado con un interés propio -esto es, privado- y con ánimo de lucro, como cualquier otra entidad especializada de Derecho privado”* (sic).

Por otra parte, todos los operadores que intervienen en este mercado (incluso los que tuvieran en su caso carácter público) están sometidos a las reglas, normas y disposiciones legales reguladoras del mercado y, en particular, al Derecho de la Competencia –tanto en su vertiente de Defensa de la competencia como de competencia desleal-, por lo que en su actuar todas están obligadas a respetarlas y su infracción puede -y debe- ser objeto de reproche y sanción, pues dichos comportamientos pueden alterar el correcto funcionamiento del mercado (bien jurídico protegido por las normas de competencia).

Entre las conductas que más sorprende al sector –y manifestada por los acreedores privilegiados en sus escritos reiteradamente- destaca aquella consistente en que la conveniencia de modificar la entidad especializada designada por el administrador concursal en favor –siempre de una concreta entidad por cuanto el acreedor privilegiado ha llegado a un acuerdo con la entidad especializada por el que le ofrece unas condiciones a su favor más ventajosas que las establecidas con carácter general para el resto de postores concurrentes a la subasta. En concreto, que la entidad especializada en cuestión fija unos honorarios de gestión para el supuesto de que el adjudicatario sea un postor cualquiera y otros distintos –porcentualmente mucho más reducidos- para el caso de que la adjudicación se produzca en favor del acreedor que la promociona en el juzgado.

Dicha actuación, es, como mínimo, contraria al Derecho de la competencia, constituye un acto de competencia desleal y a la normativa de protección de los consumidores y usuarios.

En efecto, desde una perspectiva de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia se trata de una conducta por el artículo 1, letra d): “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: ...d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros”.

Desde la óptica de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, el artículo 16.1 declara que: “El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada”.

Y desde la normativa de protección de los consumidores el artículo 49.1, letra m) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, califica como “infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: m) Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios”.

El argumento utilizado por los acreedores privilegiados para intentar convencer al juez del concurso de la “conveniencia” de modificar la entidad especializada propuesta por aquel al que la normativa concursal le atribuye expresamente la competencia para designar -el administrador concursal-, es un caso paradigmático de acuerdo y/o conducta prohibida por “condiciones desiguales”, pues tiene como “objeto” y como “efecto” que un concreto competidor esté en mejores condiciones de “pujar” que el resto. Consecuencia de esta circunstancia, que además es desconocida por el resto de pujadores, los acreedores privilegiados están siempre en condiciones de poder mejorar una última oferta, conscientes de que su coste global de la operación sería más ventajoso que la de cualquier otro ofertante.

Este interés particular, que se manifiesta mediante la atribución de una ventaja ilícita, es la única causa que provoca la constante recomendación de la designación de dicha entidad por parte de los acreedores privilegiados. Obvia decirlo que, por lo demás, son unos operadores económicos con un importantísimo peso en el marco del concurso, hasta el punto de poder condicionar tanto el criterio de la administración concursal (que puede preferir dar satisfacción a estos acreedores, normalmente muy potentes y de presencia recurrente, en sus actuaciones profesionales como administrador), como a los propios jueces de lo mercantil (que de producirse esta designación recomendada, evitan farragosos trámites judiciales que exigen resoluciones con frecuencia complejas y motivadas en un momento de colapso judicial).

En definitiva, parece que alguna entidad especializada está tratando de alterar el principio de designación por eficiencia, alterando el mercado de las subastas telemáticas y el de la designación de las mismas, convirtiendo en prescriptores comerciales a los acreedores más relevantes en todos los concursos de acreedores.

Los organismos que tienen atribuido el deber de vigilancia de la correcta actividad concurrencial en el mercado podrían y deberían a nuestro entender, actuar con prontitud para corregir estas prácticas ilícitas. Se trata de un comportamiento inaceptable, que altera el mercado de la subasta, y que debería ser investigado y, en su caso, sancionado, por la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia –CNMC-. Muchos intereses hay en juego: no solo el de los ofertantes, sino el de los miles de acreedores de los deudores concursados que ven como, mediante acuerdos ilícitos, no siempre se designa a la entidad más eficiente, sino a la que más conviene a unos concretos operadores económicos.