

RESEÑA DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS DE LOS PROFESIONALES INTERVINIENTES EN EL CONCURSO

Autora: Nuria Fachal Noguer.- Magistrada del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Pontevedra. Especialista en asuntos propios de lo mercantil.

ÍNDICE DE CUESTIONES: 1. Cuestiones generales sobre el régimen retributivo de la administración concursal. 2. La insuficiencia de masa. 3. Cuestiones prácticas relacionadas con la rendición de cuentas de la administración concursal

1. Cuestiones generales sobre el régimen retributivo de la administración concursal

Posibilidad de modular la retribución definitiva de la administración concursal mediante la introducción de factores que no se reflejan en el arancel: bajas de algunos activos de valor cuantioso que han servido para arrojar una cifra concreta en concepto de retribución de la administración concursal, el menor precio de realización de determinados activos o la escasa complejidad en la tramitación del procedimiento concursal. El AAP de Madrid de 21 de julio de 2017, [JUR 2017/251106], mantiene a este respecto el criterio de que fuera de la habilitación reglamentaria que permita la moderación discrecional de la retribución no cabe la merma ni reducción de ésta basada en razones de equidad o de oportunidad.

En la misma línea de la resolución antes mencionada se pronuncia el AAP de Madrid de 29 de septiembre de 2017, [ROJ: AAP M 4569/2017], -con cita de sus Autos nº 104/2017, de 16 de junio, y nº 126/2017, de 21 de julio-, cuando afirma que la alteración de la retribución de la administración concursal no puede tener lugar si no se justifica en alguna de las causas previstas en el arancel. El Tribunal recuerda que la labor del juez del concurso se circunscribe en este punto a realizar *“los cálculos que resultan de la aplicación de fórmulas legales fijas, que no permiten margen para justificar el empleo de facultades moderadoras”*. Por este motivo, quedan vedadas modificaciones de la retribución que ha de abonarse al administrador concursal conforme a los cálculos que son resultado de la mera aplicación de la norma: ni el recurso a la equidad ni a circunstancias que no estén amparadas en la norma –tales como desinversiones acaecidas durante la fase común, que provocan la consiguiente disminución de la masa activa y pasiva del concurso-, son motivos idóneos para alterar las reglas de cálculo que se contienen en el arancel.

Principio de eficiencia como uno de los principios que ha de regir el diseño arancelario de la retribución de la administración concursal –reforma Ley 17/2014, de 30 de septiembre-:

“La retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones previstas en el artículo 33. La retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos.

En todo caso, se considerará que la calidad del trabajo es deficiente y deberá reducirse la retribución, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas o a la conducta diligente del administrador, resuelva lo contrario, cuando la administración concursal incumpla cualquier obligación de información a los acreedores, cuando exceda en más de un cincuenta por ciento cualquier plazo que deba observar o cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una proporción igual o superior al diez por ciento del valor de la masa activa o de la masa pasiva presentada por la administración concursal en su informe. En este último caso, la retribución será reducida al menos en la misma proporción”.

Sin embargo, esta mención legal al principio de eficiencia no se encuentra en vigor a la espera de que se apruebe su desarrollo reglamentario, según establece la D.T. 2ª de la Ley 17/2014. El AAP de Madrid nº 169/2017, de 27 de octubre, [JUR 2018/34670], rechaza la pretensión de revisión de la retribución de la administración concursal, fundadas en ineficiente ejecución de sus cometidos durante la tramitación del concurso y para ello se invoca el principio de eficiencia que recoge el artículo 34 LC en virtud de la redacción suministrada por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. En ambas resoluciones se destaca la falta de vigencia de la norma a la que se acude para reducir la retribución del administrador concursal, por lo que esta “*pretensión revisora*” ejercitada por el apelante se basa en unas prerrogativas judiciales carentes de vigencia.

Fijación retribución fases convenio y liquidación: AAP de Madrid 168/2017, de 27 de octubre, [JUR 2018/35156], que considera injustificada la petición de moderación de la retribución del administrador concursal correspondiente a la fase de convenio, ya que su labor se ha ajustado en las distintas fases del concurso a los trámites legales y sin que sea posible apreciar una demora excesiva en su tramitación. Tampoco cabe por vía de recurso de apelación interesar una modificación de la retribución de la administración concursal que no ha sido previamente solicitada al juez del concurso (AAP de Madrid nº 181/2017, de 10 de noviembre, JUR 2018/48830).

D.T. 3ª de la Ley 25/2015: Inaplicación límites D.T. 3ª Ley 25/2015 a concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la Ley: AJM nº 6 de Madrid de 23 de noviembre de 2015, [JUR 2016/11892], y de 4 de enero de 2017, [JUR 2017/85282], AJM nº 1 de A Coruña de 20 de abril de 2016, [JUR 2016/250352], AJM nº 1 de Oviedo de 2 de mayo de 2018, AJM nº 2 de Pontevedra de 21 de junio de 2016, [JUR 2017/242330], SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 10 de julio de 2017, AAJM nº 2 de Valencia de fecha 31 de marzo de 2017 y de 29 de mayo de 2017.

A favor de la aplicación de la D.T. 3ª Ley 25/2015 a concursos en tramitación: AAP de Palma de Mallorca de 23 de marzo de 2017, [Roj: AAP IB 88/2017], SJM nº 1 de Pamplona nº 11/2017, de 9 de enero, [JUR 2017/14196], AAP de Murcia de 5 de julio de 2018.

Duración operaciones de liquidación artículo 153 LC: AAP de Asturias nº 11/2015, de 23 de enero, [JUR 2015/101266], considera que el plazo señalado en el artículo 153.1 LC no constituye un límite preclusivo de duración de las operaciones liquidatorias ni

constrañe temporalmente el periodo por el que la administración concursal puede percibir su retribución. En contra, AJM nº 1 de Cádiz de 17 de marzo de 2017.

¿Es posible moderación por “justa causa” de la retribución del administrador concursal en los concursos a los que no se considere aplicable el régimen retributivo de la D.T. 3ª de la Ley 25/2015 aduciendo argumentos tales como el carácter excesivo de los honorarios que percibirá el administrador concursal a causa de la inaplicación de aquella norma?

El artículo 34.4 LC contempla la posibilidad de modificar la retribución de la administración concursal, en cualquier estado del procedimiento, “*si concurriera justa causa y aplicando el arancel a que se refiere el apartado 2 de este artículo*”.

Es preciso tener en cuenta que la “justa causa”:

- No equivale a la equidad
- STS nº 459/2016, de 5 de julio, se perfila con nitidez el concepto de “justa causa” del artículo 34.4 LC: “*este precepto contempla la modificación de la retribución de la administración concursal, lo que no impide que cuando sean varios los administradores y sólo concurra la justa causa sobre uno de ellos, sea éste únicamente el afectado por la modificación. **Justa causa que ha de ponerse en relación con la labor desarrollada**, de tal forma que un administrador concursal que no desempeña muchas de sus funciones, que son realizadas por los otros dos administradores, merece cobrar en función de la labor realmente realizada, siendo injusto que cobren igual quienes trabajaron más que quien lo hizo en menor medida*”
- Conexión con las tareas liquidatorias efectivamente desarrolladas: AJM nº 6 de Madrid de 4 de enero de 2017
- SJM nº 1 de Las Palmas de 14 de febrero de 2018: “*...debe tenerse en cuenta la excesiva dilación en la tramitación de la fase de liquidación y el hecho de que la administración concursal nunca pidiera la fijación por el Juzgado de la retribución de la fase de liquidación, lo que hubiera permitido controlar la cantidad que debía pagarse a aquella mensualmente y fijar un límite máximo en la percepción de sus honorarios*”
- AJM nº 1 de Oviedo de 2 de mayo de 2018: ordena a la administración concursal el reintegro de una parte de los honorarios cobrados por el administrador concursal durante la liquidación en un concurso con insuficiencia de masa, en el que varios factores denotaban un claro abuso en la percepción de la retribución correspondiente a esta fase del concurso. La retribución percibida en la fase de liquidación quintuplicaba la correspondiente a la fase común.

2. Insuficiencia de masa

Aplicación del orden de prelación del artículo 176 bis, apartado 2, LC desde la comunicación de insuficiencia de masa. Existe doctrina ya consolidada de Sala Primera en relación a la determinación temporal del momento a partir del cual será de aplicación el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa establecido en el artículo 176 bis, apartado 2, LC. En las SSTS 306/2015, de 9 de junio, nº 310/2015, de 11 de junio, nº 305/2015, de 10 de junio, nº 152/2016, de 11 de marzo, nº 187/2016, de 18 de marzo, y nº 225/2017, de 6 de abril, se reitera el siguiente criterio:

“Una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del art. 176 bis LC, al margen de cuál sea su vencimiento. De hecho, dentro de cada orden tampoco se tiene en cuenta la fecha de vencimiento, sino que expresamente está prescrito que se paguen a prorrata”.

Igualmente relevante es la conclusión que se plasma en estas resoluciones –con remisión al parecer expresado en la STS nº 305/2015, de 10 de junio-, en cuanto al ámbito de aplicación de las reglas de pago establecidas en el artículo 176 bis, apartado 2, LC:

“Las reglas de pago contenidas en el art. 176bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la reseñada comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago.

Y de hecho, en la sentencia 305/2015, de 10 de junio, entendimos que, como la declaración de insuficiencia de activo había sido realizada por la administración concursal como una reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación del crédito contra la masa, en ese caso no podían oponerse los efectos previstos en el art. 176bis.2 LC para la prelación de créditos respecto de los créditos contra la masa reclamados por la TGSS en aquel incidente concursal”.

El mismo criterio se reproduce en resoluciones posteriores del Tribunal Supremo, Sentencias de 11 de marzo de 2016, [RJ 2016/954], y 18 de marzo de 2016, [RJ 2016/863], y SSTS nº 489/2017, de 12 de septiembre, [Roj: STS 3271/2017], nº 533/2017, de 2 de octubre, [RJ 2017/4250], y nº 571/2017, de 23 de octubre, [JUR 2017/4493].

Posición del crédito por honorarios de la administración concursal en el orden de prelación del artículo 176 bis, apartado 2, LC.

La STS nº 390/2016, de 8 de junio, [RJ 2016/2341], analiza cuál es la posición que ocupan los honorarios de la administración concursal dentro de las cinco categorías de créditos contra la masa enumeradas en el artículo 176 bis, apartado 2, LC partiendo de la tipificación que se hace en los apartados 2º y 3º del artículo 84 LC de los conocidos como “*gastos de justicia*”, dentro de los que no se incluyen los honorarios de la administración concursal. En efecto, los gastos de justicia “*son tanto los indispensables para el desarrollo del procedimiento (gastos de la solicitud, de la declaración, de la publicidad, de celebración de la junta de acreedores, etc.), como los derivados de incidentes concursales, e incluso de costas y gastos ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores en los juicios que, en interés de la masa, inicien o continúen de acuerdo con la propia Ley*”, en tanto que los “*gastos de administración*” comprenden los honorarios de la administración concursal y de sus auxiliares. Para la Sala Primera es determinante que el artículo 176 bis 2 LC no realice una mención expresa a los gastos de administración, pero ello no puede conducir a su asimilación a los créditos por costas y gastos judiciales (apartado 4º), aunque determinadas actuaciones de la administración concursal puedan tener esta consideración. Finalmente concluye:

“...puesto que el legislador, al enumerar los créditos contra la masa, distingue entre costas y gastos judiciales, por un lado, y retribución de la administración concursal, por otro, no cabe asimilarlos en aplicación del art. 176 bis 2, cuando en el número 4º únicamente hace mención a los primeros. Por lo que habrá que entender que tales retribuciones quedan encuadradas en el grupo residual del apartado 5º del art. 176 bis 2 LC”.

Impugnación de los honorarios percibidos por la AC como crédito imprescindible para concluir la liquidación. Para que pueda prosperar la impugnación formulada será imprescindible valorar el grado de diligencia empleado por el impugnante y así se reputará extemporánea la interposición de la demanda si lo que se pretende es atacar pagos ya realizados y conocidos a través de los informes previamente presentados por la administración concursal –cfr. SAP de Murcia de 3 de diciembre de 2015-.

La SAP de Murcia de 4 de diciembre de 2014, [JUR 2015/50873], desestima la demanda interpuesta por la Agencia Tributaria plantea incidente concursal para que se acuerde el reintegro de las retribuciones percibidas el administrador concursal, por existir créditos contra la masa de vencimiento anterior a sus honorarios. El Tribunal recuerda cuál es el criterio del órgano judicial -plasmado en las Sentencias de 7 de marzo, 15 de mayo y 20 de noviembre de 2014, [JUR 2015/51104]- y aprecia la extemporaneidad en la impugnación del informe trimestral que se formula por la AEAT, en la medida en que los créditos tardíamente impugnados habían sido reconocidos por la administración concursal en varios informes trimestrales presentados al Juzgado. La demanda se califica de atentatoria contra la seguridad jurídica y la doctrina de los actos propios, por lo que el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia desestimatoria dictada en primera instancia ha de ser desestimado:

“...la Agencia Tributaria ha tenido conocimiento de los pagos abonados, conocía la fecha de vencimiento de sus propios créditos desde que surgieron (30 de enero y 20 de abril de 2011), así como le fueron notificados los autos que fijaban la retribución del administrador concursal (de 29-06-2010 y 11-05-2011), por lo que tenía desde el inicio todos los datos precisos para conocer que se abonaban cantidades que no respetaban la fecha de vencimiento, pese a lo cual, ni siquiera cuando en noviembre de 2013 se le reiteraron esos datos, planteó el incidente correspondiente hasta cuatro meses después.

Ciertamente no existe en la ley un plazo concreto para la impugnación de los informes trimestrales que debe emitir la administración concursal durante la fase de liquidación, pero es que tales informes son de carácter informativo, para que se controle su actividad por el Juzgado y las restantes partes, y de lo que aquí se trata no es de cuestionar el informe, sino hacerlo respecto de una actuación concreta de la Administración Concursal, en concreto el pago de unos créditos contra la masa, y ello no puede mantenerse indefinidamente sometido a cuestionamiento por cualquiera de las partes, por la inseguridad jurídica que se crearía”.

Esta corriente seguida por algunos Juzgados y Tribunales –de la que son ejemplo las Sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª) nº 641/2015, de 12 de noviembre [JUR\2015\307627], nº 664/2014, de 20 de noviembre [JUR\2015\51104], nº 699/2014, de 4 de diciembre [JUR\2015\50873]- constituye una aplicación del principio

general que impone el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe (artículo 7.1 CC) y es expresión de la doctrina consolidada de la Sala Primera –recogida, entre otras, en las SSTS nº 612/1997, de 4 de julio, nº 352/2010, de 7 de junio, y nº 872/2011, de 12 de diciembre-, pues infringe el principio de buena fe el que ejercita su derecho tan tardíamente que la otra parte pudo efectivamente pensar que no iba a actuarlo.

Cuestiones relacionadas con el trámite procesal propuesto por la Sala Primera –STS nº 390/2016, de 8 de junio-:

➤ ***Audiencia de los interesados: emplazamiento a los acreedores contra la masa no personados en el concurso***

La pregunta que ahora se formula conecta con la tramitación que ha de darse a la solicitud formulada por la administración concursal a fin de que el juez del concurso conceda autorización para el abono de los “*gastos imprescindibles para concluir la liquidación*”. El artículo 188 LC dispone que de la solicitud dirigida al juez del concurso “*se dará traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto de su objeto, concediéndoles para alegaciones plazo de igual duración no inferior a tres días ni superior a diez, atendidas la complejidad e importancia de la cuestión*”, por lo que se cuestiona si habrá de emplazarse a todos los titulares de créditos contra la masa reconocidos en el concurso, aunque no se hayan personado en el procedimiento.

El precepto se refiere a la necesidad de dar traslado a todas las partes que deban ser oídas respecto del objeto de la solicitud formulada, por lo que esta previsión habrá de anudarse al interés legítimo que aquéllas pudieran tener en el pronunciamiento que pudiera efectuar el juez del concurso respecto de la solicitud de autorización judicial. Sin embargo, no parece que el referido traslado deba hacerse extensivo a todos los acreedores contra la masa, en particular, a aquéllos que no se personaron en el concurso. La afectación de sus derechos no es argumento suficiente para suplir su inactividad ni para soslayar el concepto de carga procesal; tampoco en el caso del incidente del artículo 84.4 LC para reconocimiento y/o pago de créditos contra la masa se emplaza a todos los titulares de créditos contra la masa –personados y no personados en el concurso-, a pesar de la indudable repercusión que podrá tener sobre sus créditos la sentencia que resuelva el incidente.

➤ ***La decisión del juez del concurso sobre la solicitud de fijación de honorarios de la administración concursal como “gastos imprescindibles para concluir la liquidación” en supuestos de inexistencia de oposición de los acreedores y del concursado***

Cabe preguntarse si el silencio de los titulares de los créditos contra la masa en el trámite del artículo 188.2 LC equivale a una aquiescencia tácita con el contenido de la solicitud formulada por la administración concursal, que obligue al juez del concurso a resolver según lo peticionado. El interés del concurso permite rechazar solicitudes de pago de honorarios como gastos imprescindibles cuando no se encuentre debidamente justificada su cuantía o percepción - AJM nº 1 de Oviedo de 16 de abril de 2018-.

➤ ***Momento temporal de dictado de la autorización judicial: la conveniencia de anticipar la autorización a la percepción de los honorarios***

considerados como “gastos imprescindibles”

Se formula la pregunta a fin de aclarar si la administración concursal puede recabar del juez del concurso la autorización judicial que le habilita para la percepción de los honorarios como “*crédito imprescindible para concluir la liquidación*” una vez que ya se ha hecho cobro de sus honorarios o si es indispensable que la autorización preceda a su abono efectivo. La SAP de Girona de 5 de julio de 2017, [ROJ: SAP GI 936/2017], por razones de elemental prudencia, aconseja adelantar la concesión de la autorización del juez del concurso que habilita para la percepción de la retribución como pre-deducible a un momento temporal previo a la presentación del informe de rendición de cuentas. Por el contrario, el AJM nº 2 de A Coruña de fecha 22 de febrero de 2017, mantiene el criterio de postergar al informe de rendición de cuentas final que ha de elaborar la administración concursal la determinación de las actuaciones que han de subsumirse en la categoría de “*gastos imprescindibles para concluir la liquidación*”.

➤ *¿Qué recursos pueden entablarse contra la resolución del juez del concurso que fija la porción de honorarios subsumibles en el concepto de “gasto imprescindible para concluir la liquidación”?*

Una de las principales críticas que ha recibido el cauce procesal sugerido por la Sala Primera para fijar cuáles son las actuaciones imprescindibles para concluir la liquidación y sus importes, a fin de que el juez del concurso resuelva sobre la atribución de la condición de gastos pre-deducibles, ha sido las graves consecuencias que provoca en el régimen de recursos. Así, el Auto por el que se fijan los créditos imprescindibles para concluir la liquidación responde a la autorización solicitada al juez del concurso por el cauce del artículo 188 LC, por el que es el propio apartado 3 del precepto el que dispone que sólo será susceptible de recurso de reposición ante el juez del concurso.

La duda que se plantea es la que se formula a continuación: ¿la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de autorización por el trámite del artículo 188 LC no es apelable en ningún caso, atendido el tenor del apartado 3 de este precepto, o es factible su asimilación con el “*auto por el que se fije o modifique la retribución de los administradores concursales*” –cfr. artículo 34.5 LC-?

La postura mayoritaria de los Juzgados de lo Mercantil ha consistido en acotar la revisión de la decisión del juez del concurso sobre la fijación de los “*créditos imprescindibles para concluir la liquidación*” a la interposición de recurso de reposición. Pero una interpretación excesivamente rigorista del artículo 188.3 LC en cuanto al régimen de recursos conduce, en este caso, a la elusión de la previsión del artículo 34.5 LC. La solución podría pasar por una mayor laxitud en la interpretación del primero de los dos preceptos mencionados, que podría articularse mediante la remisión al incidente concursal -SJM nº 6 de Madrid de 11 de octubre de 2017, [ROJ: SJM M 797/2017]-.

➤ *Parámetros para la fijación y cálculo de la porción de la retribución de la administración concursal que podrá abonarse como pre-deducible en supuestos de insuficiencia de masa*

Las decisiones adoptadas por los Juzgados de lo Mercantil en relación a las solicitudes de los administradores concursales, formuladas con el fin de que se les

autorice a percibir la totalidad o una parte de sus honorarios con el carácter de pre-deducibles, parten de la atribución a este crédito de la condición de “*gasto imprescindible para concluir la liquidación*”.

El tratamiento radicalmente diverso que ha recibido la retribución de la administración concursal por parte de los Juzgados de lo Mercantil ante este tipo de solicitudes genera más dudas acerca del acierto de la remisión a este cauce, puesto que ante solicitudes de contenidos prácticamente coincidentes pueden recibirse respuestas judiciales antagónicas.

La línea divisoria que permite deslindar los criterios interpretativos existentes está constituida por la mayor o menor objetivación de las bases para el cálculo de la retribución que el administrador concursal podrá percibir con el carácter de imprescindible.

Los **criterios judiciales** empleados para valorar las actuaciones que la administración concursal podrá percibir como imprescindibles para concluir la liquidación pueden sistematizarse del siguiente modo:

- **Fijación según las reglas de cálculo prevista en el RD 1806/2004** –cfr. AJM nº 1 de Bilbao de 27 de septiembre de 2017-: algunas resoluciones atribuyen el carácter de imprescindibles a todos los honorarios que corresponda percibir a la administración concursal a causa de su intervención en la fase de liquidación y desde que se efectuó la comunicación de insuficiencia de masa activa –cfr. AJM nº 2 de Pontevedra de 27 de junio de 2017, [Roj: AJM PO 39/2017], de 16 de noviembre de 2017, [ROJ: AJM PO 91/2017], y de 2 de febrero de 2018, [Roj: AJM PO 3/2018]-; el AJM nº 2 de A Coruña –refuerzo- de 14 de marzo de 2017 atribuye la pre-deducibilidad a todos los honorarios que habría de percibir la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación, incluidos los anteriores a la comunicación de insuficiencia de masa.
- También aquellos órganos judiciales que han optado por acudir a las bases de cálculo del Real Decreto 1860/2004 lo han hecho de forma diversa, empleando esta norma con el fin de establecer la parte de la retribución que tendrá la condición de “*gasto imprescindible*” en conexión con el **tiempo que es razonable invertir en la realización de las operaciones liquidatorias**: algunas resoluciones optan por relacionar el importe de los honorarios que podrán ser abonados como pre-deducibles con su cálculo en función de un determinado número de mensualidades de la fase de liquidación concursal, que arrojarán el importe que habría de percibir el administrador concursal según el Real Decreto 1860/2004, siempre que se hayan llevado a cabo actuaciones imprescindibles y así se haya justificado por la administración concursal (AAJM nº 2 de Valencia de 25 y 27 de abril de 2017, AJM nº 2 de Málaga de 20 de enero de 2017, SAP de A Coruña nº 353/2017, de 25 de octubre, y AJM nº 2 de A Coruña de 24 de noviembre de 2017).
- Otros Juzgados de lo Mercantil han entendido que **no está justificado acudir a los parámetros normativos del Real Decreto 1860/2004**, que sirve para cuantificar la retribución de la administración concursal para cada una de las fases del concurso, pero a la que no puede concederse idéntica utilidad a los

efectos de fijar el importe de esa retribución que aquel órgano podrá percibir con el carácter de pre-deducible -AAJM nº 1 de A Coruña de 3 de enero de 2017 y 17 de enero de 2017 y AJM nº 1 de Santander de 27 de febrero de 2017-.

- En términos similares, las SSAP de Salamanca nº 458/2017, de 17 de octubre, de Cantabria de 15 de junio de 2017, [ROJ: SAP S 435/2017], y de Cádiz nº 343/2017, de 26 de junio, así como el AJM nº 1 de Cádiz de 18 de marzo de 2018, se muestran a favor de la **exigencia de una justificación individualizada y cumplida para cada actuación que se reputa imprescindible**, por lo que si se omite la justificación de las actuaciones "*estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago*" al objeto de poder valorar si tienen la consideración de pre-deducibles, el administrador deberá reintegrar a la masa activa las cantidades indebidamente percibidas para ser destinadas al pago de los créditos contra la masa conforme al orden previsto en el artículo 176 *bis*, apartado 2, LC, con ubicación de los honorarios de la administración concursal dentro del número 5º.

➤ ***Cuantificación de la porción de la retribución de la administración concursal que puede abonarse como pre-deducible: improcedencia del empleo de criterios orientadores de honorarios de otros profesionales***

Esta cuestión guarda conexión con el criterio elegido para la cuantificación de los honorarios imprescindibles de la administración concursal. Si el parámetro seleccionado para el cálculo de la fracción de la retribución de la administración concursal que podrá ser atendida con preferencia a los restantes créditos contra la masa se reconduce a las previsiones del Real Decreto 1860/2004, no podrá admitirse la utilización de otros criterios orientadores relativos a la fijación de honorarios de tareas profesionales que nada tienen que ver con el cargo de administrador concursal.

A favor del empleo de otros parámetros distintos del arancel se muestra AJM nº 1 de A Coruña de fecha 12 de diciembre de 2017, que acude al Convenio suscrito entre el Consejo Gallego de Colegios de Economistas y la Consellería de Xustiza de la Xunta de Galicia para actuaciones de sus colegiados en el ámbito judicial, en el que se "*atribuye un crédito/hora decreciente a medida que incrementa las horas de dedicación*".

Argumentos en contra: es evidente que el empleo de otros parámetros de cálculo distintos del arancel contraviene la voluntad legal de que los honorarios de los administradores concursales se fijen según bases objetivas que convierten la tarea del juez del concurso en una sencilla operación aritmética. Todo ello sin olvidar la posible vulneración de los principios de exclusividad y limitación que rigen en esta materia - AJM nº 2 de Pontevedra de 16 de noviembre de 2017 y SJM nº 1 de Vitoria de 31 de mayo de 2017, [ROJ: SJPI 396/2017]-.

➤ ***La pre-deducibilidad de la retribución de la administración concursal correspondiente a la fase común***

La amplia mayoría de las resoluciones judiciales que se han pronunciado acerca de la subsunción de los honorarios de la administración concursal dentro de la categoría de "*gastos imprescindibles para concluir la liquidación*" han acudido a una

interpretación literal de esta expresión y por ello han descartado la posibilidad de abonar con el carácter de pre-deducible la retribución de la administración concursal correspondiente a la fase común –cfr. SJM nº 1 de Murcia de 19 de diciembre de 2016, [ROJ: SJM MU 4920/2016], SAP de Murcia de 28 de septiembre de 2017, [ROJ: SAP MU 2062/2017], y AJM nº 9 de Barcelona de 12 de diciembre de 2017-.

Sin embargo, debe traerse a colación el criterio de determinados Juzgados de lo Mercantil a la hora de incluir dentro de los gastos imprescindibles para concluir la liquidación la totalidad o una porción de los honorarios de la administración concursal comprensivos de la fase común del concurso.

La SJM nº 1 de Oviedo de 11 de abril de 2016, [JUR 2016/75092], admite que puedan subsumirse dentro de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación *“los devengados por honorarios de la administración concursal (por cualquier concepto, no sólo los propiamente liquidatorios)”* y para llegar a esta conclusión emplea como argumento la esencialidad de la intervención de la administración concursal durante la tramitación del concurso, ya que sin esta participación no podría llegar a término. El criterio por el que se decanta esta resolución es compartido en el AJM nº 12 de Madrid de 6 de junio de 2018.

Los argumentos esgrimidos para dar apoyo a la concepción amplia de los honorarios de la administración concursal que pueden abonarse con el carácter de pre-deducibles se reconducen en el AJM nº 2 de Pontevedra de fecha 16 de noviembre de 2017, [Roj: AJM PO 91/2017], a la realización en esta fase de actuaciones imprescindibles para concluir la liquidación: la conclusión del concurso no es factible sin la conformación de la masa activa y pasiva, lo que constituye una labor encomendada a la administración concursal a la que se refiere de modo expreso el artículo 33, letras d) y e), LC cuando enumera las funciones encomendadas al administrador concursal.

➤ ***Inclusión en la categoría de “gastos imprescindibles para concluir la liquidación” de la porción de retribución de la administración concursal devengada con anterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa activa***

La interpretación mayoritaria que han realizado los Juzgados de lo Mercantil en cuanto a la doctrina jurisprudencial comprendida en la STS nº 390/2016, de 8 de junio, ha sido la de acotar temporalmente los gastos que pueden integrar la categoría de créditos imprescindibles a aquéllos que se hubiesen devengado entre la comunicación de insuficiencia de masa y la solicitud de conclusión del concurso; también en la doctrina se ha propuesto idéntico deslinde retributivo –*vid.* AJM nº 1 de Oviedo de 8 de enero de 2018, en el que se concede a la expresión *“una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa”* que se contiene en la Sentencia del Tribunal Supremo, la significación consistente en que los elementos temporales que acotarán los créditos imprescindibles estarán constituidos por la comunicación del artículo 176 *bis*, apartado 2, LC y la solicitud de conclusión y así *“todo lo que caiga fuera de esos límites en ningún caso podrá ser reputado imprescindible”*-. También es ésta la interpretación que realiza el AJM nº 1 de Pontevedra de 12 de febrero de 2018.

Sin embargo, la SAP de Murcia de 3 de noviembre de 2017, [ROJ: SAP MU

2310/2017], realiza una lectura diversa de la STS nº 390/2016, de 8 de junio, y propone que sí puedan ser considerados “*gastos imprescindibles para concluir la liquidación*” aquellos créditos que sean anteriores a la comunicación de insuficiencia de masa activa. Por tanto, si la administración concursal ha llevado a cabo actuaciones estrictamente imprescindibles para obtener numerario con carácter previo a la comunicación de insuficiencia de masa y no han sido abonados sus honorarios, no existe razón para que sean preteridos al apartado 5º del art 176 *bis*, apartado 2, LC.

La SAP de Vitoria de 19 de mayo de 2017, [Roj: SAP VI 422/2017], coincide con esta acepción de créditos imprescindibles, en la que la pre-deducibilidad de los honorarios de la administración concursal no se hace depender de la fecha de comunicación de la insuficiencia de masa, sino de que efectivamente se hayan acometido actuaciones imprescindibles para obtener numerario y no se hayan percibido los correspondientes honorarios.

Aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada en la STS de 8 de junio de 2016 a los concursos en trámite. El principal inconveniente que suscita la autorización judicial previa exigida por la STS de 8 de junio de 2016 para determinar la porción de su retribución que podrá percibir con el carácter de pre-deducible se presenta en aquellos concursos en tramitación en los que la administración concursal ya se hubiese hecho pago de parte de sus derechos arancelarios como “*gastos imprescindibles*” sin recabar previamente la preceptiva autorización judicial. Si la referida autorización es el cauce indicado por la Sala Primera para solventar la problemática generada en aquellos concursos con insuficiencia de masa en los que el administrador concursal atribuyó a sus honorarios el carácter de imprescindibles para así poder anteponer su pago al resto de créditos contra la masa, es fácil pensar que los acreedores cuyos créditos fueron postergados enarbolarán la nueva doctrina jurisprudencial para exigir que se restituyan a la masa las cantidades indebidamente percibidas por la administración concursal.

A esta cuestión –qué ocurre con los honorarios cobrados por la administración concursal con anterioridad al criterio consolidado por el Tribunal Supremo y que se percibieron conforme al criterio vigente hasta ese momento- se refiere la SJM de Teruel de fecha 3 de octubre de 2017, [JUR 2017/282255]. El juzgador, después de exponer las dos variantes posibles –acomodación al criterio del Tribunal Supremo con “efectos retroactivos”, que conlleva la inevitable reordenación de pagos, o aplicación del criterio jurisprudencial fijado por la Sala Primera desde la fecha de la Sentencia de 8 de marzo de 2017-, se decanta por la segunda opción por razones que califica de “seguridad jurídica” y concluye:

“Llegados a este punto, y bajando al caso concreto, entiendo que los pagos de créditos contra la masa por honorarios de la AC que se efectuaron con arreglo al criterio, entonces generalizado, de entender como fecha de vencimiento la aceptación del cargo, deben mantenerse por principios de seguridad jurídica, cuando la demanda incidental que solicita su postergación a otros créditos contra la masa de vencimiento anterior se haya presentado transcurrido un tiempo razonable desde que tuvieron conocimiento del cobro por parte de la AC de los mismos”.

Idéntica línea interpretativa había seguido previamente la SAP de Jaén nº 177/2013, de 27 de noviembre, [JUR 2014/46081], que descartó la procedencia de la reordenación de los pagos ya efectuados en el caso de que la administración concursal

hubiese actuado en el momento en que se devengaron los créditos conforme al criterio interpretativo vigente en el momento de su realización.

Inclusión en la categoría de “gastos imprescindibles para concluir la liquidación” de los honorarios de profesionales designados por la administración concursal para su actuación en procesos tramitados “en interés de la masa”

➤ ***Los créditos por honorarios de profesionales intervinientes en procesos judiciales tramitados extramuros del concurso como créditos contra la masa del artículo 84.2.3º LC***

En su STS nº 225/2017, de 6 de abril, el Alto Tribunal reconoce la posibilidad de que los gastos imprescindibles para realizar las operaciones de realización se abonen previamente al pago de los créditos concurrentes. Dentro de la categoría de actuaciones «*estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago*», que merezcan esta condición de gastos pre-deducibles, pueden incluirse los honorarios de la administración concursal y de los profesionales que hayan llevado a cabo actuaciones en procedimientos que hayan permitido la obtención del activo destinado a satisfacer los créditos contra la masa.

En efecto, ha de reconocerse la posibilidad teórica de que los honorarios de los profesionales designados por la AC para su intervención en procesos judiciales seguidos en interés de la masa se abonen como un gastos pre-deducibles, previa su calificación como “*gastos imprescindibles para la realización de las operaciones de liquidación y pago*”. La Sala Primera así lo ha admitido expresamente –cfr. SSTs nº 226/2017, de 6 de abril, y de 12 de septiembre de 2017- en el caso de gastos cuyo pago estaba justificado que fuera realizado con preferencia a otros créditos contra la masa de vencimiento anterior, aunque supeditado a la supervisión del juez del concurso.

El artículo 84.2.3º LC atribuye la condición de créditos contra la masa a “*los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada de deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos*”.

La delimitación de esta categoría de créditos contra la masa nos remite a aquellos supuestos en los que la intervención de estos profesionales se produzca en defensa y representación de la concursada o de la administración concursal y además que redunde “*en interés de la masa*”, lo que circunscribe la posible pre-deducibilidad del crédito por honorarios a aquellos procesos cuya prosecución pueda mejorar la posición de los acreedores, normalmente asociada a un incremento de la masa activa (piénsese, por ejemplo, en los procesos en los que se formulan pretensiones de recuperación de créditos adeudados a la concursada); también se ha admitido la inclusión en esta categoría de créditos contra la masa de los créditos por costas y gastos judiciales de asistencia y representación en aquellos juicios en los que su resultado podría traducirse en una disminución de la masa pasiva o, al menos, en una retención de su potencial aumento¹.

¹ HERNÁNDEZ SAINZ, E., “Los créditos contra la masa”, *Jurisprudencia y concurso*, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 343.

Las dudas teóricas se proyectan sobre situaciones diversas y así se cuestiona si en los procesos judiciales que promueva la administración concursal tras la declaración de concurso puede el letrado que haya sido designado para el desempeño del cargo minutar por su intervención al margen del arancel o si esta posibilidad quedaría cercenada por el principio de exclusividad que consagra el artículo 34 LC (*“los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel”*). También se suscita la duda de si puede el administrador concursal que no ostente la condición de letrado designar un profesional para que promueva aquellos procedimientos judiciales y que la minuta que genere su intervención se abone con cargo a la masa y no con cargo a la retribución que corresponde a la administración concursal.

La doctrina admite que en los juicios que promueva la administración concursal pueda ésta valerse de un letrado externo o, si el administrador concursal reúne la condición del letrado, que pueda asumir por sí mismo la dirección del procedimiento: se propone que si el administrador concursal opta por la designación de un letrado externo se concierte con éste un contrato de arrendamiento de servicios para la asistencia técnica en el procedimiento de que se trate, sin necesidad de solicitar autorización judicial; pero en el caso de que sea el propio administrador concursal quien asuma la defensa técnica, se recomienda acudir a la autorización del juez del concurso por la vía del artículo 188 LC con el fin de evitar la autocontratación, de tal modo que el auto cuantificará los honorarios que podrá percibir el administrador concursal por esta actuación y sin que juegue la limitación propia del principio de exclusividad, que el artículo 34 LC constriñe a *“su intervención en el concurso”*. Al respecto, se aduce que no existe precepto legal que imponga a la administración concursal el ejercicio de esta clase de acciones judiciales a gratuidad².

La SJM nº 1 de A Coruña de 16 de enero de 2005, [JUR 2006/124260], se pronunciaba en estos términos en un supuesto en el que el precepto objeto de interpretación era el artículo 84.2.2º LC y no el artículo 84.2.3º LC. Con todo, las reflexiones del juez del concurso resultan plenamente trasladables al ámbito al que se ciñe la cuestión que hemos planteado:

“...caben dos posibilidades: o bien que la administración concursal decida la contratación de un abogado externo con cargo a la masa y previa autorización judicial, o bien –como será lo normal– que decida encomendar esa defensa al abogado componente de la administración concursal. Y en este segundo caso, si se pretende que esos servicios sean retribuidos con cargo a la masa al margen de la retribución arancelaria que, como miembro de la administración concursal, corresponde al abogado, será igualmente preciso obtener la previa autorización del juez del concurso expresando en la solicitud el costo –al menos aproximado– de los servicios, las posibilidades de afrontar el gasto con cargo a la masa, las condiciones de pago y la

² MUÑOZ PAREDES, A., *Derechos económicos de los profesionales en el concurso*, op. cit., pág. 169, que se muestra a favor de una mayor claridad en futuras regulaciones de la materia. La tesis defendida por el autor coincide con la contenida en el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Estatuto de la administración concursal que, en su artículo 16.4, reza: *“el pago de los profesionales contratados, previo presupuesto, para las actuaciones ante los demás Tribunales de Justicia y Administraciones Públicas se realizará con cargo a la masa activa”*.

necesidad o conveniencia de sostener en el juicio incidental una determinada postura procesal.

La necesidad de esa previa autorización judicial es congruente con la solución que la propia Ley concursal establece para casos similares (así por ejemplo en el artículo 83, relativo al asesoramiento de expertos independientes) y constituye la única solución posible para evitar situaciones absurdas, e incluso abusos derivados de la autocontratación”.

A continuación, la resolución advierte de los peligros ínsitos a la autocontratación y a sus potenciales abusos, pues pudiera reconocerse a la abogada que es administradora concursal un crédito contra la masa –por honorarios derivados de su intervención como letrado de la administración concursal– por un importe superior al de los derechos arancelarios fijados como retribución definitiva por toda la fase común del concurso. Sin embargo, los riesgos que preconizaba la SJM nº 1 de A Coruña de 16 de enero de 2005, [JUR 2006/124260], no son tales o, al menos, no lo son ineludiblemente en cualquier circunstancia. Téngase en cuenta que algunos de los procesos judiciales que se tramitan al margen del concurso y en interés de la masa presentan un grado de complejidad que supera las funciones que se retribuyen por medio del arancel. Por supuesto, tampoco pueden dejarse de lado otros factores adicionales que han de influir en la minuta de los profesionales intervinientes en aquellos procesos judiciales como son la cuantía del procedimiento y su traducción en el concurso en un incremento de la masa activa o en una reducción de la masa pasiva; todo ello sin olvidar, claro está, el incentivo que podrá suponer para los profesionales intervinientes la garantía de pago de estos honorarios con la nota de la pre-deducibilidad, circunstancia que habrá de redundar en claro beneficio de los acreedores si el proceso judicial tramitado extramuros del concurso tuvo un resultado favorable a los intereses que defendían aquellos profesionales.

En efecto, al atribuir la calificación de “*gastos imprescindibles para concluir la liquidación*” a los honorarios de los profesionales designados por la administración concursal o del letrado integrante de este órgano del concurso por su intervención en procesos tramitados extramuros del concurso, aumentarán indirectamente las expectativas de cobro de los acreedores. No cabe duda de que la pre-deducibilidad de este crédito por honorarios profesionales constituye un claro acicate para los administradores concursales, que multiplicarán el celo al verificar las posibilidades de éxito de estas acciones y se decantarán por su interposición frente a la desmotivación que provoca conocer que los honorarios de los profesionales intervinientes se imputarán –directa o indirectamente- a una inexistente o escasa retribución por su intervención en el concurso. Según se ha indicado, cualquier riesgo de abuso puede ser controlado merced a la supervisión del juez del concurso, que condiciona el abono de los “*gastos imprescindibles para concluir la liquidación*”: en esta categoría han de tener cabida razonablemente los honorarios de profesionales y de la propia administración concursal cuando minuta por su intervención en procedimientos que han supuesto o pueden suponer un claro beneficio para el concurso.

- a) *Marco legal que ampara el abono de estos honorarios profesionales con cargo a la masa*

Con estos antecedentes se hace necesario acudir al marco legal vigente para

conceder amparo a la tesis que aquí se postula.

En concreto, en el artículo 33 LC se enumeran las funciones de la administración concursal y es el apartado 1, letra a), de aquel precepto el que alude a las funciones procesales de este órgano del concurso y nada dispone en cuanto a la asunción a su costa de la defensa técnica –por sí o por profesional designado al efecto- en procedimientos judiciales en los que se diluciden pretensiones que podrán redundar en interés de la masa. Sí se incluyen dentro de las funciones procesales a las que se refiere el artículo 33 LC las acciones de índole no personal, pero si esta previsión se conecta con el artículo 54 LC –que lleva por título “*ejercicio de acciones del concursado*”- parece que el precepto alude a la atribución de la legitimación a la administración concursal para el ejercicio de esta clase de acciones cuando se haya acordado el régimen de suspensión de las facultades patrimoniales del concursado.

Este último precepto dispone en sus apartados 1 a 3 lo siguiente:

“1. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal. Para el ejercicio de las demás acciones comparecerá en juicio el propio deudor, quien precisará la conformidad de los administradores concursales para interponer demandas o recursos, allanarse, transigir o desistir cuando la materia litigiosa pueda afectar a su patrimonio.

2. En caso de intervención, el deudor conservará la capacidad para actuar en juicio, pero necesitará la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar a su patrimonio. Si la administración concursal estimara conveniente a los intereses del concurso la interposición de una demanda y el deudor se negara a formularla, el juez del concurso podrá autorizar a aquélla para interponerla.

3. El deudor podrá personarse y defenderse de forma separada en los juicios que la administración concursal haya promovido. Las costas que se impusieran al deudor que hubiera actuado de forma separada no tendrán la consideración de deudas de la masa”.

La SAP de Asturias nº 351/2015, de 24 de noviembre, [AC 2016/26], asimila la legitimación conferida en el artículo 54 LC para los supuestos de suspensión de facultades a la legitimación por sustitución del artículo 1111 CC, en la que la administración concursal actúa en defensa del interés de la masa:

“...con arreglo al art. 54 LC, en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición, corresponde a la Administración Concursal la legitimación para el ejercicio de las acciones de índole no personal, siendo conforme a esta doctrina la legitimación de la Administración Concursal un supuesto de legitimación por sustitución, en la que el sustituto, esto es la Administración Concursal, ejerce un derecho que no le pertenece y a diferencia de otros supuestos de legitimación por sustitución, como la acción subrogatoria del art. 1.111 del CC, la Administración Concursal no actúa en interés propio sino en defensa de la masa”.

En términos similares se pronuncia la SAP de Valencia nº 322/2015, de 1 de

octubre, [JUR 2016/12], con cita de diversas resoluciones interpretativas del artículo 54.1 LC, y precisa que en este precepto se atribuye legitimación a la administración concursal para el ejercicio de acciones patrimoniales –que el Tribunal equipara a las “acciones de índole no personal” a las que se refiere la norma concursal-:

“La expresada norma ha sido interpretada, entre otras por la Audiencia Provincial de Madrid en resolución de 16 de julio de 2010 y la Audiencia Provincial de Burgos en la de 17 de septiembre de 2013, de las que resulta que en el caso de suspensión de las facultades del concursado la legitimación para el ejercicio de acciones patrimoniales corresponde a la administración concursal. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11ª) en Auto de fecha 10 de abril de 2014 (ROJ: AAP B 237/2014) se pronuncia en el sentido de requerir el consentimiento del administrador concursal para interponer recursos y por su parte, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en Sentencia de 09 de julio de 2015 (ROJ: SAP B 6636/2015) declara que “A partir de lo dispuesto en el precepto que acabamos de transcribir, resulta clara la falta de legitimación de la concursada para el ejercicio de la acción objeto del presente incidente, en la medida en que se trata de una acción de contenido patrimonial para cuyo ejercicio solo está legitimado, en representación de la masa concursal, el Administrador concursal cuando la concursada se encuentra suspendida de las facultades de administración y disposición”.

Por otra parte, el propio artículo 54 LC prevé en el apartado 4 una legitimación subsidiaria a favor de los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, si la acción no se hubiese interpuesto por el deudor o por la propia administración concursal dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. A continuación se dispone que “*en ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme*”. A continuación se hará una reflexión sobre la controvertida exigencia de éxito en el ejercicio de estas acciones judiciales para que los honorarios profesionales puedan ser abonados con cargo a la masa cuando la designación o el encargo profesional lo realizó la administración concursal; la solución que se proponga para esta hipótesis habrá de hacerse extensiva a la minuta que pretenda cobrar el propio administrador concursal que asumió la defensa técnica en el proceso tramitado al margen del concurso y en “*interés de la masa*”.

Antes de abordar el análisis de esta cuestión, ha de concluirse de lo hasta aquí expuesto que el juego de las previsiones del artículo 33, apartado 1, letra a), LC y de las contenidas en el artículo 54 LC da sustento legal a la tesis que aquí se mantiene, por lo que en caso de ejercicio de acciones del concursado de carácter patrimonial, que redunden en interés de la masa, el administrador concursal que designe un letrado para su ejercicio no deberá correr con los gastos que haya generado esta intervención profesional; del mismo modo, tampoco habrá de entablar estas acciones sin que exista el correlativo derecho retributivo cuando confluyese en su persona la condición de letrado. En efecto, la asunción de la defensa técnica –por sí o por profesional designado al efecto- no se impone en el elenco de funciones de la administración concursal contenido en el artículo 33 LC y, cuando este artículo se refiere a las acciones de índole no

personal, tal previsión conecta con el artículo 54 LC –que lleva por rúbrica “*ejercicio de acciones del concursado*”–, pudiendo colegir del juego de ambos preceptos que a los efectos de habilitar a la administración concursal para el ejercicio de las funciones procesales relacionadas con las acciones de índole no personal, el artículo 54 le confiere legitimación para su ejercicio en caso de suspensión de las facultades patrimoniales del concursado.

b) La ausencia de una exigencia legal de éxito para el abono de este crédito por honorarios profesionales con cargo a la masa

Cuestión de suma trascendencia es la referida a la sujeción del reconocimiento de este crédito contra la masa al resultado del proceso judicial de que se trate. MUÑOZ PAREDES propone que la valoración del interés de la masa sea “*apriorística y no ex post facto*”, de tal manera que el reconocimiento del crédito contra la masa correspondiente a los honorarios de los profesionales intervinientes en este tipo de procedimientos no se hace depender del resultado favorable obtenido, bastando para atribuirse aquella naturaleza con justificar que ha proseguido en interés de la masa, aunque la actividad profesional desarrollada no se haya materializado en el incremento efectivo perseguido.

Sin embargo, éste no es el parecer de la AP de Barcelona, expresado en la Sentencia nº 285/2008, de 17 de julio, [JUR 2009/43249], que hace depender el reembolso con cargo a la masa de los gastos de defensa y representación del concursado en procesos judiciales tramitados al margen del concurso del resultado exitoso obtenido:

“...el supuesto previsto en el art. 84.2.3º LC, que se refiere a los casos en que el deudor, a su costa, ha continuado o iniciado un procedimiento judicial frente a un tercero y, por haber obtenido un resultado favorable para la masa activa del concurso, la Ley (los arts. 51 y 54 LC) le reconoce expresamente el derecho a resarcirse de los gastos procesales, pero siempre hasta la suma que se hubiera obtenido. De tal modo que se trata de supuestos expresamente previstos en la Ley, los contemplados en los arts. 51 y 54 LC, y no siempre confieren un derecho al deudor concursado que litiga a su costa al reembolso de estos gastos procesales, sino únicamente cuando obtenga un ingreso para la masa activa, y en la medida de este ingreso”.

La SAP de Murcia nº 14/2017, de 12 de enero, [JUR 2017/46662], supedita la consideración como créditos contra la masa de los honorarios de los profesionales intervinientes en procesos tramitados “*en interés de la masa*” al resultado del asunto, de modo que la masa concursal sólo deberá atender aquellos honorarios si ha resultado beneficiada, debiendo en otro caso el acreedor dirigirse a quien le haya contratado:

“Ello no quiere decir que el prestador del servicio no tenga derecho a ser remunerado. Lo único que se dice es que si el resultado último de tales procedimientos no implica ventajas patrimoniales para el conjunto de acreedores, estos no tienen porqué sufragar esos créditos con arreglo al art 84.2.3LC, que tendrán que ser asumidos por quien haya contratado dicha asistencia, sin perjuicio de que si ha sido la AC la contratante, en ese caso se esté a lo expresamente pactado (art 84.2.9 LC).

En definitiva, no se trata "en interés de la masa" de un solo concepto abstracto, sino que ha de concretarse con el resultado obtenido, sin que veamos especial

obstáculo en esta exégesis, que no niega el crédito, sino que condiciona la calificación crediticia al resultado beneficioso o inocuo para la masa”.

No se comparte esta interpretación del concepto “*en interés de la masa*”, sino que se parte de una conceptualización del crédito correspondiente a los honorarios de los profesionales intervinientes en procesos judiciales tramitados en interés de la masa como crédito contra la masa -con encaje en el artículo 84.2.3º LC-, sin que ello se haga depender de la sentencia favorable que se haya obtenido. Por tanto, bastará con que en el proceso se dirima una acción que, en abstracto, tenga interés para la masa aunque no se traduzca en un beneficio efectivo para el concurso.

Éste es el criterio expresado en la Sentencia nº 333/2014, de 10 de diciembre, de la Audiencia Provincial de Asturias cuando examina el carácter vinculante en el concurso del pacto de honorarios suscrito entre el concursado y los profesionales intervinientes relativo al precio de los servicios prestados con posterioridad a la declaración de concurso –subsumibles en el artículo 84.2.2º LC- y los honorarios de estos profesionales por su intervención en juicios externos al concurso. Para la Audiencia Provincial, el pacto de honorarios es inoponible en los juicios internos al propio concurso a los que se refiere el ordinal 2º del artículo 84.2 LC, pero no así cuando se trate de juicios externos al concurso contemplados en el ordinal 3º de esa norma, y añade que para atribuirles la condición de créditos contra la masa son irrelevantes las ventajas patrimoniales que dicha asistencia letrada pudo deparar para la masa del concurso:

“CUARTO: La tesis de la inoponibilidad o de la no vinculación del pacto de honorarios en el seno del concurso tiene su razón de ser para proteger a la masa, y con ello al resto de acreedores, del resultado lesivo que pudiera deparar un eventual contenido abusivo o desproporcionado de los acuerdos que hubiera alcanzado el deudor concursado con su letrado con antelación a la declaración de concurso para minutar los honorarios por la llevanza de las actuaciones del propio procedimiento concursal. Esto es, dicho criterio tiene todo su sentido en el ámbito de los llamados juicios internos del concurso a los que se refiere el ordinal 2º del art. 84-2 L.C., pero no así cuando se trate de juicios externos al concurso contemplados en el ordinal 3º de esa norma, como son en el caso presente los honorarios devengados por el letrado del concursado como consecuencia de la asistencia en los juicios seguidos en sede laboral, y ello por cuanto que no se trata de trámites procesales que sean consecuencia necesaria o que se deriven de la propia apertura del concurso, sino que estamos en presencia de procedimientos que se han iniciado o han continuado precisamente “en interés de la masa” (tal y como reza el ordinal 3º), esto es, en un ámbito externo al concurso y en interés del conjunto de los acreedores.

Entendemos que esta sustancial diferencia justifica que no resulte de aplicación al caso que nos ocupa el criterio de la no vinculación arriba expuesto, toda vez que en la presente litis no se está ventilando la cuantificación de un crédito contra la masa derivado de la llevanza de actuaciones procesales internas al concurso (art. 84-2-2º L.C.), sino de actuaciones externas al concurso (art. 84-2-3º L.C.) como son los honorarios devengados por el letrado de la concursada “Teletemas, S.L.U.” como consecuencia de la asistencia en las demandas por despidos y cesiones ilegales presentadas en sede laboral por los trabajadores de la empresa, y ello al margen de cuál pudo haber sido el resultado último de tales procedimientos o las ventajas

patrimoniales que dicha asistencia letrada pudo deparar para la masa del concurso, pues es claro que en un arrendamiento de servicios profesionales del tipo que nos ocupa no opera el régimen de las obligaciones de resultado, de manera tal que si la Administración concursal fue conocedora y consintió tácitamente el encargo profesional que estaba desempeñando el despacho de abogados del demandante deberá asumir consecuentemente su remuneración económica conforme fue convenida entre el letrado y su cliente”.

Las anteriores consideraciones deberían hacerse extensivas a un escenario de insuficiencia de masa, en el que bastaría con invocar con una mínima razonabilidad que la finalidad perseguida con el procedimiento judicial en el que se ha generado este crédito por honorarios profesionales era potencialmente beneficiosa para la masa, para que su abono sea atendido con preferencia a los restantes créditos concurrentes y ello haciendo abstracción del resultado de aquel procedimiento: a pesar de que el resultado del proceso no haya redundado efectivamente en interés de la masa, será factible la inclusión del crédito correspondiente a estos profesionales intervinientes en la categoría de “*gastos imprescindibles para concluir la liquidación y gestionar la liquidación y el pago*”.

En contra de esta tesis podría argüirse que en el artículo 54.4 LC se dispone que, si hubiesen sido los acreedores los que entablasen estas acciones en interés de la masa, sólo tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido si la demanda fuese total o parcialmente estimada y hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia. Sin embargo, este precepto ha sido calificado de “*excepción a la regla general*”, pues a diferencia de lo que ocurre con el deudor y con la administración concursal —que podrán ser reintegrados de los gastos con independencia del efectivo provecho que las acciones judiciales entabladas tuviesen para la masa—, en el caso del acreedor que litiga con esta legitimación subsidiaria la doctrina (HERNÁNDEZ SÁINZ) propone que haya de soportar las costas y gastos si pierde el pleito y que únicamente tenga derecho a ser reembolsado si el resultado es satisfactorio, aunque el proceso hubiese podido ser considerado apriorísticamente como beneficioso para la masa.

En suma, no se acepta una interpretación extensiva del artículo 54.4 LC cuando en él se dispone, para el supuesto de ejercicio de acciones del concursado de carácter patrimonial, que “*los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme*”. No existe un precepto equivalente que imponga a la administración concursal la carga de litigar “*a su costa*” cuando ejercite acciones de índole no personal del concursado en procesos judiciales tramitados “*en interés de la masa*”.

Es más, la exégesis del artículo 54.4 LC permite encontrar una justificación a la previsión de que los acreedores que litigan con la legitimación subsidiaria que les concede la norma lo hagan “*a su costa*”. Piénsese que para que se active esta legitimación es necesario que los acreedores hayan instado por escrito a la administración concursal para el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, pasando a estar legitimados para su ejercicio si la acción no es entablada dentro de los dos meses siguientes al requerimiento. Se parte de la inactividad previa de

la administración concursal, sujeta en el ejercicio de sus funciones a un estricto régimen de responsabilidad, que le obliga a interponer en régimen de suspensión las acciones de índole no personal del concursado que puedan resultar beneficiosas para el concurso; al tiempo, se precisará en supuestos de mera intervención de la conformidad de la administración concursal para interponer demandas o recursos que puedan afectar al patrimonio del deudor –cfr. artículo 54.2 LC-. En definitiva, se pretende con estas cautelas evitar que la masa deba soportar gastos judiciales superfluos e injustificados, así como bloquear potenciales actos de disposición del objeto del proceso que pudiera realizar el concursado en detrimento de los intereses de los acreedores. Al tiempo, incumbe a la administración concursal realizar una proyección relativa a la viabilidad de las acciones de carácter patrimonial del concursado que se hallasen en trámite al tiempo de la declaración de concurso y sobre las que pudieran entablarse después de su incoación; lógicamente, si se trata de procesos judiciales cuya tramitación ha de seguirse extramuros del concurso podrá suceder que la administración concursal recabe el asesoramiento de profesionales con especiales conocimientos técnicos en el orden jurisdiccional en el que se enmarca la acción. Y, del mismo modo, también podrá encomendar a estos profesionales la defensa técnica del proceso en el que se diriman aquellas acciones cuyo resultado puede redundar “*en interés de la masa*”.

La STS de 30 de junio de 2017, [RJ 2017/3121], acoge esta tesis en un supuesto en el que la controversia estaba referida a la clasificación de un crédito por costas procesales impuestas a la concursada en un proceso judicial que se inició antes de la declaración de concurso, cuya terminación anormal –por desistimiento- no se instó por parte de la administración concursal, a pesar de que esta posibilidad hubiera bloqueado el abono del crédito correspondiente a las costas como crédito contra la masa:

“El pleito iniciado por Hirma, S.L. debe entenderse que, después de su declaración en concurso, continuó en interés del concurso, pues si no fuera así cabría haber instado el desistimiento, con el efecto previsto en el primer párrafo del art. 51.2 LC, al que también se remite el art. 51.3 LC, de que las costas generadas por el desistimiento fueran consideradas «crédito concursal». A esto es a lo que se refiere el art. 84.2.3º LC cuando apostilla «salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor...». De este modo, los pleitos pendientes en primera instancia cuando se declara el concurso de acreedores de una de las partes, se entiende que continúan en interés del concurso cuando no se provoca su terminación mediante el desistimiento, el allanamiento o la transacción.

En nuestro caso, después de la declaración de concurso, no se solicitó ni la acumulación del pleito pendiente al concurso, que en aquel momento era posible, ni tampoco su terminación mediante el desistimiento. Luego, debe entenderse que su continuación lo fue en interés del concurso, y por lo tanto se asumía el riesgo de que una eventual sentencia desestimatoria de las pretensiones de la concursada conllevara la condena en costas. Y estas costas encajan en la previsión contenida en el art. 84.2.3º LC”.

Por otra parte, resulta indubitado que tanto el incremento de la masa activa como la disminución de la masa pasiva o la contención de su aumento –cfr. SAP Murcia nº 14/2017, de 12 de enero, [JUR 2017/46662]- integran las potenciales finalidades perseguidas en las acciones judiciales que se inicien o continúen por el deudor conforme

a lo dispuesto en la LC, pues servirían al fin último del concurso –identificado con el pago a los acreedores–.

A fecha actual, no existe un pronunciamiento inequívoco del Tribunal Supremo que permita afirmar sin ambages que la valoración del “*interés de la masa*” a los efectos del reconocimiento del crédito contra la masa del artículo 84.2.3º LC no se haga depender del resultado exitoso del proceso.

Para MUÑOZ PAREDES, la lectura de la meritada STS de 30 de junio de 2017, [RJ 2017/3121], conduce a la conclusión de que la Sala Primera se ha decantado por la postura más laxa y “*salvo que medie desistimiento, allanamiento o transacción, la continuación del pleito presume el interés del concurso y la clasificación del crédito por honorarios (y costas) como contra la masa, al margen del éxito o fracaso final de la posición defendida*”³.

Con todo, ha de reconocerse que el escenario que se plantea en la STS de 30 de junio de 2017, [RJ 2017/3121], no resulta coincidente con el que así se examina, ya que de lo que se trata es de determinar si los honorarios de los profesionales designados por la administración concursal o su propia minuta devengada por intervención en procesos que se siguen al margen del concurso “*en interés de la masa*” pueden ser abonados como pre-deducibles incluso en caso de pronunciamiento judicial desfavorable a los intereses de la concursada. En nuestra opinión, las dudas no han sido totalmente disipadas con la resolución comentada, al menos en lo que atañe a los gastos judiciales generados en los procesos que, por su objeto, puedan tener encaje en el artículo 84.2.3º LC.

Por otra parte, la postura por la que parece decantarse la Sala Primera en otra de sus resoluciones recientes parece condicionar la calificación de este tipo de créditos por honorarios profesionales como “*pre-deducibles*” del efectivo incremento de la masa activa. En concreto, la STS nº 226/2017, de 6 de abril, [ROJ: STS 1388/2017], ha conceptualizado como “*gasto imprescindible*” el crédito correspondiente a los honorarios profesionales del letrado de la concursada en un incidente promovido por la TGSS para el reconocimiento y pago de determinados créditos contra la masa, en el que se pretendía que se declarase que estos créditos gozaban de preferencia frente al crédito abonado al letrado de la concursada. Considera la Sala Primera que las actuaciones judiciales acometidas por este último profesional permitieron engrosar la masa activa y atender una parte de los créditos contra la masa reconocidos en el concurso, por lo que los honorarios del letrado de la concursada pueden considerarse pre-deducibles, pues se trata de gastos que han sido estrictamente necesarios para obtener el importe con el que atender al pago de los créditos pendientes:

“En nuestro caso, es muy llamativo que uno de los pagos impugnados sea el del crédito del abogado que se encargó de las reclamaciones judiciales que permitieron ingresar en la masa 23.800 euros. Este pago, que ascendía a 2.695 euros, se hizo el 27 de marzo de 2013, después de que se hubiera logrado por medio de aquellos pleitos interpuestos por este letrado dos ingresos: uno de 20.000 euros, el 29 de junio de 2012, y otro 3.800 euros, el 27 de marzo de 2013. Dicho de otro modo, para poder obtener estos dos ingresos, que suman un total de 23.800 euros, fue necesaria la intervención

³ MUÑOZ PAREDES, *Derechos económicos de los profesionales en el concurso*, Aranzadi, 2018, pág. 165.

del letrado, de tal forma que su retribución (2.695 euros), muy razonable y proporcionada a lo obtenido, no deja de ser un gasto necesario para la obtención de aquel ingreso. En este caso, sí cabe hablar de un gasto pre-deducible al pago de los créditos contra la masa bajo la regla del art. 84.2 LC.

Esta regla está en consonancia con lo regulado en el art. 54.4 LC, cuando prescribe que los acreedores que ejerciten de forma subsidiaria una acción del concursado de contenido patrimonial, aunque lo hagan a su costa, si obtienen una sentencia estimatoria, «tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme». Subyace a esta norma, una regla de justicia: si ese gasto ha servido para incrementar la masa activa, debe satisfacerse -siempre que su cuantía sea razonable y proporcionada- con cargo a lo obtenido, a modo de gasto pre-deducible.

*De acuerdo con lo que acabamos de razonar, **no cualquier crédito de un letrado cuyos servicios deban ser retribuidos con cargo a la masa merece ser considerado pre-deducible respecto del pago de los restantes créditos contra la masa, sino únicamente aquellos que, siendo su cuantía razonable y proporcionada, se correspondan a servicios estrictamente necesarios (imprescindibles) para la obtención del activo destinado a satisfacer los créditos contra la masa.** De tal forma que sólo tendría sentido reconocer este carácter de crédito pre-deducible, respecto de las operaciones de pago del resto de los créditos contra la masa, que justifique la alteración del criterio legal del vencimiento cuando el importe del crédito no sólo no exceda de lo obtenido -no debería pagarse más de lo que se obtuvo con el servicio retribuido- sino que además sea proporcionado. En este caso lo es: el crédito del letrado satisfecho como gasto pre-deducible era de 2.695 euros y lo obtenido con los servicios retribuidos fue de 23.800 euros.*

Se da la circunstancia de que lo obtenido merced a los servicios del letrado, cuyo pago se impugna por la TGSS, sirvió para que pudiera pagarse una parte de los créditos contra la masa de la TGSS pendientes de pago. En concreto, después de que se hubiera obtenido el primer ingreso de 20.000 euros el día 29 de junio de 2012, la administración concursal pagó a la TGSS 11.260,44 euros, el 9 de agosto de 2012”.

El Tribunal Supremo añade en esta Sentencia otros dos factores delimitadores del crédito por honorarios profesionales, de los que se hará depender su pago preferente: estos honorarios habrán de ser proporcionados y en ningún caso podrán exceder del importe obtenido, esto es, el límite estará constituido por la suma en la que se haya traducido el aumento de la masa activa.

Si se acogen las directrices que sugiere la Sala Primera en la autorización judicial que faculta para la percepción de este crédito como “gasto imprescindible para concluir la liquidación”, se verá que son razones de especial cautela las que aconsejan realizar en cada caso una valoración de todos los elementos concurrentes antes de conceder esta autorización que permitirá el abono de estos honorarios profesionales con el carácter de pre-deducibles. Para una correcta ponderación se precisará de una completa justificación por parte de la administración concursal, en la que habrá de incluirse tanto la especificación de los procedimientos de que se trate como la finalidad perseguida con su tramitación.

En suma, en atención a las circunstancias del caso, debería permitirse el abono de los honorarios profesionales a que ha dado lugar la tramitación del proceso judicial y ello con independencia de que se hubiese materializado el beneficio para la masa, siempre que el juicio de razonabilidad de la pretensión ejercitada arroje un resultado favorable y las cantidades que hayan de abonarse a los profesionales intervinientes sean proporcionadas y no excesivas. Por tanto, no será necesario que se haya materializado el beneficio para la masa, siempre que el juicio de razonabilidad de la pretensión ejercitada arroje un resultado favorable y las cantidades que hayan de abonarse a los profesionales intervinientes sean proporcionadas y no excesivas.

Por último, en lo que atañe al importe que debería satisfacerse con carácter preferente a los profesionales intervinientes en este tipo de procesos, la solicitud formulada por la administración concursal deberá incluir un detalle de las cantidades a que asciendan los honorarios de Letrado y Procurador, con identificación de los procedimientos de que se trate, así como del objeto y cuantía estimada de cada uno de ellos –cfr. AJM nº 2 de Pontevedra de 4 de enero de 2018 y AJM nº 2 de A Coruña de 8 de octubre de 2018–.

c) Los supuestos de desistimiento, renuncia y transacción

Resta acometer el análisis del inciso final del artículo 84.2.3º LC cuando establece que son créditos contra la masa *“los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos”*. La incógnita a la que ahora se pretende dar respuesta está referida a la significación de esta alusión final a varios supuestos de crisis procesales a los efectos de impedir que estos créditos por costas y gastos judiciales puedan ser reconocidos en el concurso como créditos contra la masa. A su vez, de este reconocimiento dependerá que sea factible su abono como pre-deducibles: a estos efectos, el entendimiento correcto de la pre-deducibilidad nos remite a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera –expresada en las SSTS de 8 de junio de 2016, de 6 de abril de 2017, de 12 de septiembre y 13 de septiembre de 2017–, que ha permitido el abono preferente de determinados créditos (incluso en un escenario con suficiencia de masa) si los gastos han sido imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago a los acreedores.

Parece ciertamente crítica esta mención a *“los casos de desistimiento, allanamiento, transacción”*, al menos cuando se trata de clarificar en qué supuestos se pueden abonar los honorarios de los profesionales designados por la administración concursal –o, insistimos, su propia minuta si en el administrador confluye la condición de letrado–. Al tenor del artículo 51.2 LC, *“en caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite, a cuyo efecto el Secretario judicial le concederá, una vez personada, un plazo de cinco días para que se instruya en las actuaciones, pero necesitará la autorización del Juez del concurso para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir litigios. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el Secretario judicial*

traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que el Juez estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas”.

Para una mejor comprensión de la problemática que se puede extraer de la aplicación conjunta de ambos preceptos, se considera oportuno distinguir los supuestos de desistimiento y allanamiento de los casos de transacción.

En relación a los dos primeros, se sugiere la siguiente interpretación del artículo 84.2.3º LC, en virtud de la remisión operada al artículo 51.2 LC antes transcrito: así, aunque nada se dice en ninguno de estos preceptos acerca de la consideración que ha de tener el crédito por los honorarios del letrado de la concursada o del que haya designado la administración concursal en los casos de finalización del proceso tramitado extramuros del concurso por allanamiento, desistimiento o transacción, si por el juego del artículo 51.2 LC las costas adquieren la clasificación de crédito concursal, la misma clasificación habrá de concederse a los gastos judiciales propios; también se afirma que si se ha decidido poner fin al proceso de forma anticipada –bien por desistimiento, bien por allanamiento- cabrá entender que el proceso no presenta la nota del “*interés de la masa*” o que las perspectivas de éxito eran escasas, por lo se compensaba el riesgo de condena en costas⁴. La solidez de los razonamientos se apoya en buena medida en una circunstancia en la que debe prestarse especial atención: la iniciación de este proceso judicial con anterioridad a la declaración de concurso.

Es oportuno reiterar que, en aquellos casos en que no se acogiese el abono con cargo a la masa de los honorarios de los profesionales intervinientes en procesos tramitados “*en interés de la masa*” por la falta de encaje en el artículo 84.2.3º LC, el profesional que prestó los servicios podrá dirigirse frente a quien le contrató en reclamación de sus honorarios –cfr. SAP de Murcia nº 14/2017, de 12 de enero, [JUR 2017/46662]-. Lo conveniente y exigible es redactar la pertinente hoja de encargo y fijar las condiciones retributivas que se pacten por la intervención profesional; este contrato se formalizará con la propia administración concursal, cuando sea ésta la que contrate los servicios del letrado. Por supuesto, será admisible la inclusión de un pacto en el que se supedite el abono de los honorarios al resultado exitoso alcanzado; también podrá incluirse cualquier otra estipulación que refuerce la obligación de pago, como la asunción de un compromiso de pago por el propio administrador concursal que entrase en juego en la hipótesis de falta de abono de estos honorarios con cargo a la masa. Ahora bien, se insiste, el letrado que prestó el servicio profesional mantiene su derecho a ser retribuido y, a falta de estipulación en contrario, si este crédito no se atiende con cargo a la masa habrá de ser quien le contrató el obligado a atender su pago.

A continuación, conviene preguntarse si las mismas conclusiones pueden ser asumidas para los casos de transacción, cuando expresamente se pactase un tratamiento específico para las costas del proceso en el que se llegó a esta solución amistosa. Así, puede mantenerse también que la clasificación del crédito correspondiente a los honorarios del profesional que ha intervenido –ya por cuenta de la propia concursada,

⁴ MUÑOZ PAREDES, *Derechos económicos de los profesionales en el concurso*, op. cit., pág. 165.

ya de la AC- sea la misma que se ha concedido por acuerdo entre las partes a las costas del proceso. Ahora bien, pueden confluir ciertas particularidades que aconsejen premiar aquella intervención profesional con una mejor clasificación crediticia cuando el trabajo del letrado fue determinante para que se alcanzase la solución amistosa y ésta ha sido beneficiosa para el concurso, lo que así ocurrirá cuando se haya ingresado una determinada suma en cumplimiento de la transacción y, por esta vía, se hayan mejorado notablemente las expectativas de cobro de los acreedores.

Por supuesto, si se trata de procesos judiciales iniciados después de la declaración de concurso en interés de la masa, la terminación por medio de una transacción judicial en la que se hubiese convenido un tratamiento concursal para las costas, no degradará el crédito por honorarios de los profesionales intervinientes en los mismos términos en que así se convino para las costas del proceso. A ello podría objetarse –en particular, si se prestaran los servicios por encargo de la administración concursal- que este asesoramiento profesional ha dado apoyo jurídico a uno de este modo de terminación anormal del proceso y que con ello se ha logrado un beneficio para la masa, con total seguridad, menor del que se habría logrado si hubiese triunfado la postura defendida. Pero el resultado del proceso es siempre incierto, por lo que con frecuencia la transacción consolida una expectativa que, en caso de concurso, permite engrosar la masa y atender determinados créditos que, de otro modo, hubieran quedado insatisfechos.

A los argumentos anteriores se puede añadir uno más que es fruto del intento de conciliar los artículos 84.2.3º y 51.2 LC. Lo que ocurre es que el segundo de estos preceptos se refiere exclusivamente a las costas y nada dice de los gastos judiciales, pues en él se dispone que *“las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas”*. Por tanto, también se podría sostener que cuando el artículo 84.2.3º LC introduce la salvedad analizada para los casos de desistimiento, allanamiento o transacción lo hace únicamente respecto de los créditos por costas y no para los que consistan en gastos judiciales derivados de la asistencia técnica de la administración concursal en procesos tramitados *“en interés de la masa”* extramuros del concurso.

En definitiva, sólo cuando al tenor del artículo 51.2 LC el crédito por costas sea clasificado como concursal -fruto del desistimiento, allanamiento o transacción en procesos iniciados antes del concurso-, el crédito por honorarios de los profesionales que asistieron y representaron a la administración concursal podrá sufrir la misma degradación. Si el proceso judicial en interés de la masa se inició con posterioridad a la declaración de concurso, los gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación de la administración concursal serán reconocidos como crédito contra la masa y ello incluso en el caso de terminación por transacción, si el acuerdo alcanzado supuso una mejora de las expectativas de cobro de los acreedores.

Honorarios de profesionales designados por la AC para su asistencia técnica en incidentes concursales. A esta cuestión se refiere el AJM nº 2 de Pontevedra de 24 de mayo de 2018, [Roj: AJM PO 60/2018].

Podrá admitirse que los honorarios del letrado designado por la administración concursal para la defensa técnica en incidentes concursales sean satisfechos con cargo a

la masa no sólo en el supuesto de que la administración concursal esté integrada por un economista o auditor, sino también si estuviese integrada o formara parte del órgano un letrado. En la primera hipótesis, dado que nada se dispone en el artículo 184 LC ni en el artículo 3 del arancel, la viabilidad del pago con cargo a la masa de los honorarios profesionales del letrado no encuentra obstáculos insalvables en las normas que regulan esta materia; con todo, lo razonable para salvaguardar todos los intereses en juego y a fin de evitar una merma injustificada de la masa activa, será acudir al cauce de la autorización judicial del artículo 188 LC, a fin de que sea el juez del concurso el que -previa audiencia de las partes personadas- valore si el incidente concursal reviste la complejidad que se precisa para justificar que el letrado designado por la administración concursal pueda minutar sus honorarios con cargo a la masa.

Para el supuesto de que la administración concursal la conforme un letrado o forme parte de este órgano del concurso una persona con aquella cualificación, pudiera hallarse un obstáculo a la tesis que aquí se propone en el artículo 184.5 LC, en el que se dice que la dirección técnica de los incidentes se encuentra incluida dentro de las funciones del letrado miembro de la administración concursal: el precepto no prohíbe que este miembro de la administración concursal minute por la dirección técnica del incidente concursal, por lo que nuevamente habrá de acudirse a la autorización judicial del artículo 188 LC en la que se valore la complejidad del objeto del incidente a fin de autorizar el cobro de los honorarios profesionales como un crédito contra la masa. Si el letrado miembro de la administración concursal considerase que la especial complejidad del incidente concursal requiere de la designación de un abogado externo con específicos conocimientos en la materia objeto de aquél, podrá nombrar un auxiliar delegado que se encargue de la asistencia técnica, cuya retribución correrá a cargo de los administradores concursales (artículo 31.2 LC); ahora bien, por medio la autorización judicial a la que se ha hecho referencia, los honorarios que se hayan devengado por la defensa técnica del incidente podrán abonarse con cargo a la masa activa. Esta posibilidad de designación de un letrado para la asistencia técnica del administrador concursal letrado ha sido admitida por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo -Autos de 25 de abril de 2006 y 12 de enero de 2007- en los que se considera que *"la administración concursal es libre, dentro del ámbito de decisión en que se desenvuelve su actuación, para contratar los servicios de otro letrado que asuma la repetida tarea si entiende que concurren circunstancias -cualitativas como puede ser la complejidad técnica o la dispersión geográficas de los asuntos, o cuantitativas como su elevado número- que así lo aconsejan en interés de la masa"*.

Dos precisiones adicionales han de añadirse a las consideraciones anteriores:

- Para evitar posibles abusos en la cuantificación de estos honorarios profesionales, la solicitud que se dirija al juez del concurso deberá especificar el importe que se percibirá por la dirección técnica del incidente concursal.
- No se aprecia sin más abuso o desproporción por el hecho de que pudiera reconocerse al letrado interviniente en el incidente concursal un crédito contra la masa en concepto de honorarios derivados de su intervención en el mismo por un importe superior al de los derechos arancelarios fijados como retribución de la administración concursal. En relación a esta última cuestión, podrá ocurrir que el cálculo de la retribución que haya de percibir la administración concursal por su intervención en el concurso -calculada según las reglas y parámetros contenidos en el arancel- arroje una suma reducida (atendidos,

fundamentalmente, los valores de las masas activa y pasiva) y ello no podrá constituir un óbice al reconocimiento de unos honorarios profesionales por la dirección técnica de un incidente que, por su complejidad, así lo requiera; piénsese que mantener la postura contraria podría desincentivar la interposición de determinados incidentes especialmente complejos pero que podrían redundar en claro interés de la masa, si no fuese posible sufragar los honorarios de los profesionales intervinientes con cargo a la masa activa.

3. Cuestiones prácticas relacionadas con la rendición de cuentas de la administración concursal

El control en la rendición de cuentas final de los pagos realizados en el concurso. Cabe la posibilidad de examinar dentro de la rendición final de cuentas la corrección en el orden de pago de los créditos que la administración concursal haya seguido durante el concurso, a fin de corroborar si ha existido vulneración de la regla del vencimiento prevista en el artículo 84.3 LC; también para un escenario concursal con insuficiencia de masa, podrá verificarse en el seno de la oposición a la rendición si se ha producido una alteración del orden de pago de los créditos contra la masa que establece el artículo 176 bis, apartado 2, LC.

En primer lugar, el adecuado control del respeto del orden de pagos establecido en la Ley Concursal exigirá que la rendición de cuentas contenga información suficiente sobre este extremo, lo que constituye una manifestación del requisito establecido en el artículo 181, apartado 1, LC, cuando dispone que la rendición de cuentas ha de ser “completa” y ha de contener información sobre “*el resultado y saldo final de las operaciones realizadas*”.

De esta manera, el primer eslabón de control requiere que el documento en el que se contenga la rendición de cuentas de la administración concursal incorpore información suficiente sobre los créditos contra la masa que se han satisfecho, ya que resulta indispensable facilitar información sobre los concretos pagos realizados, con indicación de sus fechas y destinatarios, para así poder comprobar si se ha respetado el orden de pagos legalmente establecido. La claridad, el orden, la exhaustividad y la veracidad se presentan como caracteres esenciales que han de concurrir en la rendición de cuentas, pues únicamente si están presentes aquellas notas distintivas podrá cumplirse con la garantía esencial para la protección de los acreedores y del propio concursado -ínsita a la rendición de cuentas de la administración concursal- (SAP de Girona de 21 de junio de 2016, [Roj: SAP GI 696/2016]).

A la supervisión en la fase de rendición de cuentas final de la observancia de las reglas de pago establecidas por la Ley Concursal se ha referido la SAP de Vizcaya nº 156/2013, de 27 marzo, la SAP de Salamanca de 22 de noviembre de 2017, [Roj: SAP SA 695/2017] y la SAP de Almería, Sección 1ª, nº 290/2014, de 4 de noviembre, [JUR 2014/168601].

Por tanto, la administración concursal debe demostrar en la justificación de las operaciones realizadas la corrección del orden de pagos que ha seguido, por lo que se dictará un pronunciamiento desaprobatorio de la rendición de cuentas cuando se constate que los pagos efectuados no se ajustaron al orden legal. Así lo expresa la SAP de Barcelona de 17 de septiembre del 2015, [JUR 2015/275538], cuando argumenta que “*no podemos compartir, por el contrario, la alegación de la recurrente en relación con la*

*imposibilidad de discutir en el incidente del artículo 181 pretensiones relativas al reconocimiento y pago de créditos contra la masa. Fue la propia administración concursal la que en su informe dio cuenta de los pagos realizados durante la fase de liquidación, sometiendo su informe a la aprobación de los acreedores. En este caso **no se cuestiona la cuantía de un crédito contra la masa en concreto, sino el criterio seguido por la administración concursal al distribuir lo obtenido en liquidación** - fundamentalmente, de la venta de la unidad productiva-. Y ello forma parte del informe de rendición de cuentas y, lógicamente, también del incidente de oposición que regula el artículo 181".*

La fuerza vinculante de los informes trimestrales de liquidación. Mención especial merece la fuerza vinculante que puede concederse a los informes trimestrales de liquidación a los efectos de una eventual impugnación por parte de uno de los acreedores contra la masa del orden de prelación seguido por el administrador concursal y, en particular, del abono con carácter preferente de parte de sus honorarios al haberlos conceptualizado como «gastos imprescindibles para concluir la liquidación».

La SAP de Valladolid n.º 109/2015, de 25 de mayo, [Roj: SAP VA 526/2015], examina los requisitos que ha de observar el administrador concursal en la confección de los informes trimestrales de liquidación e indica que, por imperativo del artículo 152.1 LC, han de contener el detalle y cuantificación de los créditos contra la masa devengados y pendientes de pago, con indicación de sus vencimientos, aunque no se impone la obligación de efectuar una clasificación de los mismos en los informes trimestrales. Considera esta resolución que el orden de realización en el pago de los créditos contra la masa que establece el artículo 176 *bis* LC no deja lugar a dudas, por lo que los acreedores tienen perfecto conocimiento e información de la preferencia que les corresponde para el cobro de su crédito. La única fuente de inconcreción procede de la indeterminación que aqueja a la categoría de los «*créditos imprescindibles para concluir la liquidación*»: si después de la presentación por el administrador concursal del informe justificativo final el acreedor considera indebidamente preterido su derecho de crédito podrá impugnar ese informe, aunque también podrá anticipar su pretensión de pago preferente impugnando el informe trimestral que refleje pagos que a su entender infrinjan el orden legalmente establecido.

Dentro las opciones impugnatorias apuntadas en la SAP de Valladolid n.º 109/2015, de 25 de mayo, [Roj: SAP VA 526/2015], se encuentra la oposición a la rendición de cuentas final que habrá de confeccionar la administración concursal informando sobre el resultado y saldo final de las operaciones realizadas, solicitando la aprobación de las mismas (artículo 181.1 LC).

Otra opción que reviste especial importancia es la impugnación que podrá realizar el acreedor una vez que se hayan puesto de manifiesto en la oficina judicial los informes trimestrales de liquidación. Los informes trimestrales de liquidación, como ocurre con la rendición de cuentas final, cumplen una función claramente informativa y son expresión de la función de informe y evaluación que el artículo 33.1.e) LC asigna a la administración concursal, orientada –en palabras del AAP de Pontevedra de 18 de enero de 2016, [JUR 2016, 62446]–, a «*proporcionar al juez del concurso los elementos necesarios para supervisar el desenvolvimiento del proceso concursal y la corrección de la actuación del órgano de administración en orden a lograr los objetivos perseguidos*».

La emisión y presentación en plazo de los informes trimestrales de liquidación constituye un deber de la administración concursal, cuyo incumplimiento podrá generar la responsabilidad prevista en el artículo 36 LC y provocar su separación en el cargo; el artículo 152.1 LC se remite en este punto a lo establecido en el artículo 37 LC, cuyo apartado 1 establece la posibilidad de que el juez del concurso acuerde la separación del administrador concursal incluso de oficio ante la concurrencia de justa causa, en la que tendrá perfecto encaje la no presentación de los informes trimestrales de liquidación. En este sentido se pronuncian el AJM n.º 1 de Alicante de 10 de octubre de 2016, [JUR 2016, 221030], y el AJM n.º 2 de Pontevedra de 26 de enero de 2018, [Roj: AJM PO 18/2018], que califican la no presentación de los informes trimestrales de contravención grave de los deberes de la administración concursal, susceptible de constituir un motivo justificado para su separación.

A pesar de que existen resoluciones judiciales que se pronuncian en relación a la impugnación de los informes trimestrales de liquidación por el cauce del incidente concursal –cfr. SAP de Álava de 22 de enero de 2015, [Roj: SAP VI 107/2015], y SJM n.º 2 de Pontevedra de 3 de septiembre de 2018–, lo más frecuente en la práctica es que tras la puesta de manifiesto en la oficina judicial de estos informes los acreedores tomen pleno conocimiento de los pagos que se han atendido por la administración concursal. Si este órgano del concurso hubiese atendido preferentemente el pago de todo o parte de sus honorarios, los acreedores contra la masa podrán acudir a la acción prevista en el artículo 84.4 LC para impugnar aquellos pagos, que se consideran efectuados con vulneración del orden de prelación del artículo 176 *bis*, apartado 2, LC o del artículo 84.3 LC, al tiempo que interesarán la condena de la administración concursal a fin de que proceda al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas.

Es aquí donde adquiere una trascendencia indubitada la diligencia empleada por parte del acreedor contra la masa que pretenda hacer valer su preferencia en el pago en supuestos de indebida postergación. Ya se ha hecho referencia a la resolución de este tipo de contiendas mediante el recurso a la doctrina del retraso desleal o a la relevancia que ha de concederse a los actos propios, como manifestaciones del principio general que exige que el ejercicio de los derechos se acomode a las exigencias de la buena fe –artículo 7.1 CC–. Sobre la base de este planteamiento general encontramos resoluciones de Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales que rechazan pretensiones de reordenación de pagos ya efectuados por el administrador concursal cuando el acreedor contra la masa conocía el contenido de los informes trimestrales de liquidación, en los que se suministraba información completa sobre el orden seguido para el pago de los créditos contra la masa, sin formular protesta ni reclamación alguna durante un lapso temporal razonable –entre otras, SAP Valladolid de 14 de noviembre de 2016, [ROJ: SAP VA 1173/2016], SAP de Zaragoza de 15 de septiembre de 2017, [ROJ: SAP Z 2094/2017], con cita de la SAP Pontevedra n.º 100/2017, SJPI de Teruel de 6 de junio de 2017, [ROJ: SJPII 156/2017], y SAP de Murcia de 3 de diciembre de 2015–.

Los pronunciamientos desestimatorios en incidentes de pago de créditos contra la masa reconocidos en el concurso o en sede de rendición de cuentas final se reconducen en numerosas ocasiones a la fuerza vinculante de los informes trimestrales de liquidación presentados por el administrador concursal. Estas resoluciones acuden a argumentos adicionales que se conectan con la noción de “*carga procesal*”, por lo que se reputa extemporánea e injustificada una impugnación formulada por el acreedor mucho

después de conocer los pagos atendidos por la administración concursal. Así se expresa la SAP de Zaragoza de 15 de septiembre de 2017, [ROJ: SAP Z 2094/2017], con cita de la SAP Pontevedra nº 100/2017, en la que se afirma que *“los informes trimestrales comunican a los interesados las actuaciones realizadas y “abren la posibilidad para formular la oportuna reclamación para el reconocimiento de la existencia y cuantía del crédito (pagos indebidos, añadimos nosotros), cuya invocación a través de la correspondiente demanda incidental se convierte en una carga del pretendido acreedor, quien no puede adoptar una actitud pasiva y reservar el ejercicio de su pretensión para hacerlo valer en un trámite que no está previsto a tales efectos, si no para la revisión de la regularidad de las operaciones de liquidación y pagos realizados”.*

Conforme se ha indicado, la demanda de incidente concursal se formula en algunos casos contra el propio informe trimestral de liquidación como cauce para denunciar la indebida postergación del crédito contra la masa del que es titular el acreedor demandante –cfr. SAP de Álava de 22 de enero de 2015, [Roj: SAP VI 107/2015]-.

En todo caso, para que pueda prosperar la impugnación formulada será imprescindible valorar el grado de diligencia empleado por el acreedor y así se reputará extemporánea la interposición de la demanda si lo que se pretende es atacar pagos ya realizados y conocidos a través de los informes previamente presentados por la administración concursal –cfr. SAP de Murcia de 3 de diciembre de 2015 y SAP de Pontevedra nº 467/2017, de 5 de octubre, [PROV 2017/258519]-.

En suma, sí será factible plantear en la oposición a la rendición de cuentas final cuestiones relacionadas con el reconocimiento y/o pago de créditos contra la masa y que los titulares de estos créditos denuncien en este trámite su postergación indebida. En lógica correlación, la sentencia que resuelva la oposición podrá acordar la desaprobación de la rendición de cuentas final si aprecia la vulneración del orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa cuya aplicación resultase legalmente procedente. Mas la diligencia del titular del crédito contra la masa le exige máxima celeridad y premura en la formulación de su pretensión, pues si la demora en exceso o la traslada a sede de rendición de cuentas como producto de su indolencia habrá de soportar las consecuencias que de ello se deriven, principalmente, la improcedencia de la reordenación de los pagos ya efectuados en el concurso.

Rendición de cuentas y retribución de la administración concursal.

¿Qué ocurre con los honorarios ya percibidos como “imprescindibles” en una fecha anterior a la remisión por el Tribunal Supremo al cauce del artículo 188 LC?

La solución ofrecida en la SJM nº 1 de Bilbao de 21 de noviembre de 2017, [Roj: SJM BI 805/2017], para concluir con pronunciamiento desestimatorio la oposición a la rendición de cuentas formulada por la TGSS -sustentada en la ausencia de autorización del artículo 188 LC-, pasa por tener en cuenta que el concurso se declaró en fecha muy anterior a la de dictado de la STS de 8 de junio de 2016 y que el pago de los honorarios que ahora se discuten se efectuó hace años, con la aquiescencia de este acreedor, que nada impugnó ni discutió. Por este motivo, la ausencia de autorización judicial puede ser salvada al albur del incidente de oposición a la rendición de cuentas, en el que se fiscalizan los pagos efectuados por el administrador concursal:

“Ningún acreedor ha impugnado la retribución que la AC considera imprescindible (ni tan siquiera aquellos con mejor derecho al cobro que la demandante, como el FOGASA). Únicamente lo hace la TGSS, pero sin indicar siquiera qué cuantía, según su criterio, debería tener esta condición. Solo reclama la aplicación procedimental establecida en la sentencia del TS de 8 junio de 2.016 (autorización judicial previa), trámite éste que no es preceptivo legalmente y que queda perfectamente suplido, en este caso, por la tramitación y resolución de este incidente de impugnación de rendición de cuentas, que tiene por objeto también la fiscalización de los pagos efectuados por el órgano concursal.

En conclusión, debe aprobarse la rendición de cuentas de la AC. La impugnación efectuada por la TGSS no justifica su desaprobación, con inhabilitación de la AC y reordenación de pagos de escasa cuantía algunos de los cuales se hicieron hace más de 5 años. Todos ellos, incluidos los honorarios cobrados por la AC, que no han sido atacados debidamente, deben considerarse gastos imprescindibles para concluir este procedimiento concursal declarado en el año 2.012”.

Por su acierto y por constituir una expresión de prudencia, hacemos propios los argumentos recogidos en la SAP de Palma de Mallorca nº 76/2018, de 2 de marzo, en la que se rechaza la pretensión de la AEAT consistente en que se reordenen los pagos a raíz del dictado de la STS de 8 de junio de 2016, en la que la Sala Primera acoge como fecha de vencimiento del crédito correspondiente a los honorarios de la administración concursal la fecha de prestación efectiva de los servicios por parte de este profesional; la Audiencia recuerda que el criterio jurisprudencial de la aceptación del cargo que seguía dicho órgano fue rectificado para amoldarlo a la doctrina de la Sala Primera. Ahora bien, en esta resolución, la Audiencia Provincial no estima el pretendido reintegro de honorarios del administrador concursal sobre la base de la demora en la que éste incurrió en el reconocimiento y pago de determinados créditos contra la masa, pues su titularidad fue comunicada por la AEAT años después de su nacimiento, sin que se opusiera en su día a la aprobación de los textos definitivos, al plan de liquidación o a los informes trimestrales presentados:

“...debe estarse a los principios de razonabilidad, del mejor interés del concurso, de aplicación flexible, de proporcionalidad, debiéndose reconocer las excepciones planteadas por la Administración concursal, en este supuesto específico, máxime ante el transcurso de seis años entre las fechas de vencimiento de ciertos créditos y la certificación emitida; que, de contrario quedarían vulnerados, asimismo, los principios de certeza y de confianza”.

En unas circunstancias análogas, en las que la administración concursal se hizo pago de sus honorarios siguiendo el criterio interpretativo acogido por el Juzgado de lo Mercantil que conocía del concurso, y que posteriormente tuvo que ser modificado para acomodarse a la doctrina jurisprudencial fijada por la Sala Primera, la SJM nº 1 de Vitoria de 31 de mayo de 2017, [Roj: SJPI 396/2017], advierte del riesgo de inhabilitación que conlleva la desaprobación de la rendición de cuentas incluso en supuestos en los que los pagos se acomodaron al criterio del órgano judicial; por ello, se acuerda requerir a la administración concursal para que presente una justificación de los honorarios que estima imprescindibles para concluir la liquidación, para a continuación dar el trámite del artículo 188 LC: una vez fijados los honorarios imprescindibles para concluir la liquidación, la administración concursal deberá presentar nueva rendición de

cuentas, que se tramitará de conformidad con el artículo 181.2 LC.

Rendición de cuentas y honorarios de profesionales intervinientes. En ocasiones, los profesionales que intervinieron en el concurso en defensa y representación de la concursada aprovechan el trámite de oposición a la rendición de cuentas final para entablar la pretensión de que sus honorarios se satisfagan íntegramente con cargo a la masa, pues al tenor del artículo 84.2.2º LC tendrán la consideración de créditos contra la masa *“la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa”*. A este respecto, la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera ha reconocido la inoponibilidad en el concurso del pacto de honorarios alcanzado entre el concursado y su letrado, aunque acotado al acuerdo que se hubiese adoptado con carácter previo a la tramitación del concurso y referido al precio de los servicios que debían abonarse a este profesional por las actuaciones del propio procedimiento concursal. La STS de 18 julio 2014 [RJ 2014/4101], ha admitido que pueda abonarse con cargo a la masa el crédito por estos servicios jurídicos en la cuantía que se considere adecuada y proporcionada, lo que habrá de valorar la administración concursal:

“... la administración concursal deberá decidir qué servicios profesionales de asistencia letrada al concursado merecen que su retribución sea pagada como crédito contra la masa, de acuerdo con las restricciones previstas en el art. 84.4.2º LC; y precisar hasta qué cuantía está justificado el pago contra la masa, sin que resulte necesariamente vinculante el pacto de honorarios que pudieran haber alcanzado el deudor común y su letrado, antes de la declaración de concurso. Del mismo modo, si no se está de acuerdo con el parecer de la administración concursal y se acude al incidente concursal, el tribunal tampoco está vinculado por el pacto de intereses, sin que sea necesario que previamente hubiera sido impugnado”.

Se sostiene que, en un contexto concursal, la aplicación automática del arancel para calcular la retribución del procurador conduciría a *“un resultado desproporcionado que choca frontalmente con los criterios de moderación que impone la Ley concursal”* – SAP de Madrid nº 70/2010, de 15 de marzo, [JUR 2010\207573]-. Para los derechos y suplidos del procurador que ostentó la representación del concursado en la solicitud y declaración de concurso se ha admitido una solución equivalente a la establecida para el letrado del concursado: la SAP de Murcia nº 715/2017, de 23 de noviembre, [AC 2017/1927], invoca la doctrina de la Sala Primera –cfr. STS de 11 de febrero de 2013 [RJ 2013/2409], con ocasión de una reclamación del procurador del acreedor instante del concurso necesario- y efectúa una distinción según exista o no un crédito por costas ocasionadas con la solicitud y declaración de concurso, impuestas al deudor concursado que se hubiera opuesto a la declaración de concurso, en cuyo caso sí debe acudir al arancel: *“sólo se calcula la retribución del procurador con arreglo a arancel si hay condena en costas; en otro caso la retribución de esos servicios se puede fijar sin sujeción a arancel; y en caso de controversia, se determinará judicialmente la que se estime justificada en atención a los servicios prestados”*.

A partir de lo establecido en el artículo 84.2.2º LC y de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, la reciente SAP de Murcia de 12 de julio de 2018 desaprueba la rendición de cuentas presentada por la administración concursal respecto de los pagos de los créditos contra la masa -en el particular relativo a retribuciones de la administración

concursal y honorarios de letrados de la concursada- y concluye que la vulneración del orden de pago de los créditos contra la masa se debió a la contravención del pacto que alcanzó la administración concursal con los letrados de la concursada, en el que convino el importe de los honorarios que se iban a satisfacer con cargo a la masa.

La SAP de Murcia nº 692/2017, de 16 de noviembre, resuelve en sentido diverso y considera carente de fundamento la oposición a la rendición de cuentas que formuló el letrado de la concursada, aduciendo que debía atenderse con cargo a la masa el abono de los honorarios correspondientes a su intervención en la fase de liquidación. La construcción argumentativa de esta sentencia se apoya en la extemporaneidad de la pretensión del letrado –que en fecha anterior a la presentación del informe de rendición ya tenía conocimiento de que la administración concursal no iba a abonar las minutas remitidas ante la falta de justificación del trabajo realizado- y en la imposición de una carga procesal de actuación diligente al titular del crédito contra la masa afectado por esta respuesta denegatoria de la administración concursal: *“desde ese momento debió instar la correspondiente acción del art 84 LC para reclamar sus honorarios, y no esperar a la rendición de cuentas en febrero de 2017 para fundar su oposición a la misma y a la conclusión del concurso precisamente en la ausencia de reconocimiento de su crédito por honorarios; petición de reconocimiento que deviene por ello extemporánea. Ello se refuerza cuando no queda contradicha la manifestación de la AC que informa que en la práctica totalidad de los informes trimestrales se indicaba que no existían créditos masa pendientes de pago o que ninguno de los créditos pendientes de pago su titular era el letrado”*.

Por otra parte, la resolución comentada acude a la inoponibilidad del pacto de honorarios y a la ausencia de justificación de los servicios prestados por el letrado para considerar que no está acreditada la existencia del crédito a favor del letrado: se incide en que la minuta habrá de acomodarse a la dificultad y onerosidad del trabajo realmente realizado y a las circunstancias concurrentes, por lo que no serán vinculantes las normas orientadoras del Colegio de Abogados –cfr. SSAP de Murcia de 12 de enero de 2017 y de 1 de diciembre de 2016-. No se prueba la específica complejidad de las tareas realizadas ni una especial dedicación y ello a pesar de que la carga de la prueba incumbía al accionante: *“Lo que debe el actor probar es la procedencia de su reclamación en función de la actividad efectivamente realizada, no si los honorarios de otros profesionales son ajustados, lo que hace innecesario entrar en mayores detalles comparativos”*.

De este modo, en sede de rendición de cuentas final se reconoce la viabilidad del planteamiento de pretensiones de reconocimiento y/o pago de créditos contra la masa, así como del examen de la infracción del orden de prelación que debió observarse para su abono⁵. Ahora bien, si el letrado que prestó sus servicios profesionales para la

⁵ La cuestión no es en absoluto pacífica. En el Encuentro de Magistrados de lo Mercantil celebrado en Oviedo los días 4, 5 y 6 de octubre de 2018 se pudo constatar la falta de consenso que genera esta cuestión y así, tras someterla a votación, *“la mayoría consideró que no era posible por cuanto el trámite procesal para ello es el previsto en el artículo 84 de la Ley Concursal que prevé un incidente concursal que, además, no está sujeto a plazo alguno; una posición minoritaria consideró que sí que era posible por cuanto el trámite procesal es el mismo, a saber, el incidente concursal; y otra posición minoritaria consideró que sí que era posible pero le perjudicaría no haberlo hecho con anterioridad en el sentido de que no se modificará el orden de pago de todos los créditos contra la masa ya abonados”*.

concurzada pretende que sus honorarios se abonen con cargo a la masa, deberá tener en cuenta los siguientes parámetros rectores: i) no bastará con invocar a tal fin el pacto de honorarios alcanzado con el deudor antes de la declaración de concurso; ii) deberá articular una actividad probatoria encaminada a acreditar las tareas efectivamente desarrolladas, así como su complejidad, especialidad u onerosidad; y iii) para que la minuta cuyo abono se pretenda pueda ser satisfecha con cargo a la masa habrá de ser proporcionada, a cuyo efecto será útil –aunque no determinante- realizar un juicio comparativo entre la pretensión de honorarios del profesional interviniente y los honorarios reconocidos a la administración concursal.