

CIERTAS CUESTIONES ACERCA DE LOS HONORARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Paula Carazo Alcántara

*Profesora del CEF y de la Udima
Administradora concursal*

EXTRACTO

En este artículo la autora desarrolla el contenido de tres recientes sentencias del Tribunal Supremo, de un auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid y analiza un aspecto controvertido de la Ley 25/2015, todo ello en relación con los honorarios de la administración concursal.

Palabras claves: imprescindibles, retroactividad, únicamente devengo y pago.

Fecha de entrada: 11-07-2016 / Fecha de aceptación: 29-07-2016

SOME REMARKS ON LIQUIDATORS' FEES

Paula Carazo Alcántara

ABSTRACT

In this paper, the author develops the content of three recent judgments of the Supreme Court, and a court order of the Madrid Mercantile Court no.6, and analyzes a controversial aspect of the law 25/2015, all this I relation to the bankruptcy administration's fees.

Keywords: essential, retroactivity, only accruals and payment.

Sumario

- I. Introducción
- II. El encuadre de los honorarios de la administración concursal dentro del artículo 176 bis de la Ley Concursal
 1. Unanimidad impuesta, que no compartida
- III. Devengo y pago de los honorarios de la administración concursal
- IV. Límites a los honorarios de la administración concursal de acuerdo con la Ley 25/2015, de 28 de julio

I. INTRODUCCIÓN

La última de las múltiples modificaciones de la Ley Concursal (LC) data del 2 de octubre de 2015 (Ley 40/2015, de 1 de octubre de 2015, de Régimen Jurídico del Sector Público; BOE de 2 de octubre de 2015). No es que el legislador se haya cansado de tanta modificación concursal, simplemente es que la situación política de los últimos meses no le ha permitido dedicarse a estos menesteres. Llevamos casi diez meses sin que se haya reformado ni una coma de la LC. Todo un logro para los que estamos acostumbrados.

No obstante, el devenir concursal sigue su ritmo y aunque no se haya producido ninguna variación legislativa, han visto la luz una serie de sentencias que por su importancia con el tema que nos ocupa es necesario exponer.

Todas ellas guardan relación con los honorarios de la Administración concursal, tan cuestionados a veces y tan invisibles otras, debido a la inexistencia de la masa activa para su cobro.

En este trabajo se hace referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016, por remisión a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 25 de mayo de 2015, y al Auto del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid de fecha 23 de noviembre de 2015, que entendemos es enormemente esclarecedor.

Como se verá, el contenido de las sentencias que a continuación se indica provoca un desacuerdo total en el ámbito concursal, teniendo presente que las mismas están para aceptarlas y, por supuesto, para cumplirlas.

II. EL ENCUADRE DE LOS HONORARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DENTRO DEL ARTÍCULO 176 BIS DE LA LEY CONCURSAL

Como sabemos, el artículo 176 bis de la LC establece una serie de especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa.

En lo que aquí nos interesa, debemos centrarnos en el segundo párrafo del artículo 176 bis.2 de la LC, cuyo tenor literal es el siguiente:

«2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

5.º Los demás créditos contra la masa».

Se plantean, pues, dos aspectos a considerar:

- 1.º Delimitar si los honorarios de la administración concursal, una vez hecha la comunicación al juzgado de la insuficiencia de la masa activa para atender los créditos contra la masa, son imprescindibles para concluir la liquidación.
- 2.º En el caso de que no sean imprescindibles, la cuestión es dónde se ubican dentro de los ordinales contemplados por la ley, en el 4.º o en el 5.º.

Como se observa, el artículo 176 bis.2 de la LC constituye una excepción al orden establecido en el artículo 84.3 del mismo texto legal que obliga a pagar los créditos contra la masa a su vencimiento, salvo los del artículo 84.2.1.º de la LC.

Partiendo de lo indicado en el texto legal, y como no podría ser de otra forma, ha habido opiniones doctrinales para todos los gustos (y disgustos), que podemos resumir en las siguientes:

- Los honorarios de la administración concursal no son gastos imprescindibles para concluir la liquidación y deben ser incluidos en el número 5 del artículo 176 bis.2 de la LC, es decir, en «los demás créditos contra la masa». En este sentido se manifiesta la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sentencia de 17 de julio de 2014).
- Otro criterio radicalmente opuesto al anterior es el que propugna que todos los honorarios dentro del artículo analizado son créditos imprescindibles para concluir la liquidación (Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Bilbao de 19 de junio de 2013).
- Criterio intermedio.

Este criterio mantiene que una parte de los honorarios de la administración concursal son créditos imprescindibles y otros no, debiendo incluirse estos últimos en el apartado 4.º: «los créditos por costas y gastos judiciales del concurso» (Audiencia Provincial de Jaén, Sentencia 19 de noviembre de 2013).

Según el criterio indicado, los honorarios comprendidos en el ámbito temporal que van desde la fecha en que el juzgado insta a la administración concursal a que proceda según el artículo 176 bis y hasta que presente el informe del apartado 3 del mismo artículo, se consideran créditos imprescindibles para la liquidación, y los anteriores a tal momento se deben incluir en el apartado 4.º, no en el 5.º, ya que no puede ser de peor condición el crédito por los honorarios de la actuación de la administración concursal que el de los abogados y procuradores.

- Otro criterio intermedio consiste en considerar una parte de los honorarios de la administración concursal como créditos imprescindibles para concluir la liquidación y el resto deben incluirse en el apartado 5.º (Audiencia Provincial de Alicante, Sentencia de 3 de marzo de 2015). Matiza, a su vez, que en estos casos resulta exigible a la administración concursal identificar con precisión qué actuaciones son imprescindibles y cuál es su importe para que el juez del concurso valore aquellas circunstancias que justifiquen el carácter de imprescindibles.
- Por último, otro criterio consiste en no considerar créditos imprescindibles los honorarios de la administración concursal, incluyéndolos, no obstante, en el apartado 4.º del artículo 176 bis.2 de la LC (Audiencia Provincial de Valladolid, Sentencia de 25 de mayo de 2015).

Hasta aquí los distintos criterios que se han venido utilizando en la consideración de los honorarios de la administración concursal. Como se ve, la unanimidad no ha sido posible. A partir de la sentencia del Tribunal Supremo que a continuación se expone, la polémica queda zanjada.

1. UNANIMIDAD IMPUESTA, QUE NO COMPARTIDA

Mediante Sentencia del Tribunal Supremo, número 390/2016 de 8 de junio, se establece el criterio que a partir de ahora habrá que tener en cuenta en relación con el tema que nos ocupa.

Esta sentencia es consecuencia del recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia dictada el 19 de noviembre de 2013 por la sección primera de la Audiencia Provincial de Jaén.

El Alto Tribunal establece en el fallo lo siguiente:

- a) Que los honorarios de la administración concursal son créditos contra la masa imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de la masa activa,

únicamente cuando respondan a actuaciones estrictamente necesarias para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago.

- b) Que la determinación de tal carácter de honorarios imprescindibles, así como su importe, se hará a propuesta de la administración concursal y por resolución del juez del concurso, previa audiencia de los demás acreedores contra la masa.
- c) Que el resto de honorarios de la administración concursal se incardinan en el artículo 176 bis.2.5.º de la LC, es decir, «los demás créditos contra la masa».

Es obvio que el desacuerdo con el criterio del Tribunal Supremo, tanto desde ciertos ámbitos institucionales como dentro del ámbito de la administración concursal, es total. La administración concursal en la fase de liquidación hace justamente eso, funciones de liquidación, y sus actuaciones quedan reflejadas en el preceptivo informe trimestral de liquidación del artículo 152 de la LC. ¿Qué justificación adicional cabe plantearse?

Por otro lado, cualquier actuación de la administración concursal en fase de liquidación tiene por objeto gestionar la misma con el fin de obtener el numerario correspondiente. Otra cuestión es el trabajo a efectuar que queda por hacer una vez que se han realizado los pagos correspondientes de acuerdo con lo establecido en los artículos 154 y siguientes de la LC durante el tiempo que transcurra hasta el auto de conclusión del concurso.

Por último, la inclusión de los honorarios en el ordinal 5.º de la ley me parece, cuanto menos, discriminatorio en relación con los conceptos incluidos en el apartado 4.º.

En fin, puede que la situación no se remedie, pero dentro de nuestra profesión siempre quedará el derecho a discrepar.

III. DEVENGO Y PAGO DE LOS HONORARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

El Tribunal Supremo en Sentencias 391/2016 y 392/2016, ambas de 8 de junio, fija cuándo se consideran devengados los honorarios de la administración concursal en las distintas fases del concurso a fin de anteponerlos o posponerlos en su prelación frente al resto de los créditos contra la masa y su pago de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.3 de la LC.

La primera de las sentencias indicadas es consecuencia del recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia de 27 de noviembre de 2013, de la Audiencia Provincial de Jaén, mientras que la segunda lo es con base en el recurso de casación interpuesto por la Administración concursal, cuyo origen en primera instancia fue la demanda incidental interpuesta por la AEAT.

La cuestión es que hasta esta sentencia del Tribunal Supremo existían discrepancias entre distintas Audiencias Provinciales respecto a cuándo se devengan y cobran los honorarios de la

administración concursal. Así, por ejemplo, la Audiencia Provincial de Jaén estimó que los honorarios de la administración concursal son vencidos y exigibles desde la aceptación del cargo. En sentido contrario se manifestó la Audiencia Provincial de Vizcaya, asegurando que los honorarios deben abonarse a su vencimiento (Sentencia de 2 de diciembre de 2010).

La cuestión queda zanjada al asegurar el Alto Tribunal en las sentencias, anteriormente indicadas, que «... en ningún caso cabe considerar que la fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a la retribución de la administración concursal sea la de aceptación del cargo, sino que será la de prestación efectiva de los servicios y con los mismos hitos temporales de vencimiento previstos en el Real Decreto 1860/2004 de 6 de septiembre».

Es decir, respecto de la primera mitad de los honorarios correspondientes a la fase común, será el quinto día siguiente a la fecha de firmeza del auto de su fijación; y respecto de la segunda mitad, el quinto día siguiente a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común. Y en cuanto a las fases de convenio y liquidación, por meses vencidos, el quinto día posterior a cada mensualidad. Salvo que el juez, por causa justificada y razonada, altere dichas fechas en relación con concretos servicios ya prestados, nunca respecto de los servicios que estén pendientes de prestación.

Hay que decir, no obstante, que la práctica común de cobro de los honorarios de la administración concursal ha sido la indicada ahora por el Tribunal Supremo. Bien está, a pesar de todo, la aclaración.

IV. LÍMITES A LOS HONORARIOS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE ACUERDO CON LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO

La Ley 25/2015 de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social (BOE de 29 de julio de 2015), entró en vigor al día siguiente de su publicación. Esta ley, entre modificaciones y añadidos, afecta a una veintena de artículos y una disposición adicional.

La cuestión que nos ocupa se centra en determinar si las modificaciones que afectan a los honorarios de la administración concursal, y que luego se indicarán, son de aplicación con efectos retroactivos o no.

Como paso previo, hay que indicar que la Ley 25/2015, en su disposición transitoria primera, establece un régimen transitorio específico para solo cuatro de los artículos afectados, a saber:

- Disposición transitoria primera 1: artículo 92.5.º de la LC. Se aplica a procedimientos concursales en tramitación en los que no se hayan presentado los textos definitivos.
- Disposición transitoria primera 3: artículos 176 bis 3 y 4, 178.2 y 178 bis de la LC. Se aplican a concursos que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la ley.

Desde mi punto de vista, esto solo puede significar que el resto de los artículos modificados o añadidos serán de aplicación a los nuevos concursos declarados con posterioridad a la entrada en vigor de la ley. Esto que *a priori* puede parecer una obviedad ha dado lugar a una serie de resoluciones de los juzgados de lo Mercantil absolutamente contradictorias entre ellas, encontrándonos con dos posturas: la que considera que la modificación del artículo 34.2 b) de la LC y la disposición transitoria tercera son de aplicación tanto a los concursos que se encuentran en tramitación a la entrada en vigor de la ley, como a los nuevos concursos declarados con posterioridad, y los que entienden que el artículo modificado solo es de aplicación a los concursos declarados con posterioridad.

El artículo 34.2 b) de la LC dice textualmente:

«b. Limitación. La cantidad total máxima que la administración concursal podrá percibir por su intervención en el concurso será la menor de las dos siguientes:

- i) La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4%.
- ii) Un millón quinientos mil euros.

No obstante, el juez de forma motivada y oídas las partes, podrá aprobar una cantidad que supere el límite anterior cuando debido a la complejidad del concurso los costes asumidos por la administración concursal lo justifiquen, sin que en ningún caso pueda exceder del 50% de dicho límite».

Considero que no tiene sentido alguno que el cambio introducido en el artículo 34.2 b) de la LC pueda ser de aplicación a los concursos en tramitación con anterioridad a la Ley 25/2015 ya que, al margen de los problemas prácticos que pueden plantearse, si la ley hubiese querido que sus efectos hubieran sido tales, habría fijado una aplicación específica como lo ha hecho con los artículos indicados en su disposición transitoria primera.

Otro de los aspectos que plantea problemas es el que se refiere a la limitación temporal del cobro de los honorarios. La disposición transitoria tercera de la Ley 25/2015, en su último párrafo, establece:

«A partir del decimotercer mes de apertura de la fase de liquidación, la administración concursal no percibirá remuneración alguna salvo que el juez, de manera motivada y previa audiencia de las partes decida, atendiendo a la circunstancia de cada caso, prorrogar dicho plazo. Las prórrogas acordadas serán trimestrales y no podrán superar en total seis meses».

Hay que considerar que la disposición transitoria tercera de la Ley 25/2015 tiene su origen en la reforma del artículo 27 de la LC que, como sabemos, realizó la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de la deuda empresarial. Pero el artículo 27 de la LC no es de aplicación «hasta que lo haga su desarrollo

reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses» (disp. trans. segunda de la Ley 17/2014).

Este desarrollo reglamentario aún no se ha producido, luego sobran las palabras.

En conclusión, teniendo en cuenta las dos leyes citadas y lo indicado en la disposición transitoria tercera de la Ley 25/2015, que es consecuencia de la reforma del artículo 27 de la LC por la Ley 17/2014, no parece lógico que sus efectos deban aplicarse hasta que el citado artículo entre en vigor.

En este sentido, es claro el Auto del Juzgado número 6 de lo Mercantil de Madrid, de fecha 23 de noviembre de 2015, al afirmar que «[...] reservando la limitación de honorarios a los procesos concursales declarados tras la entrada en vigor de la Ley 25/2015 (que lo fue el 30 de julio de 2015), el régimen retributivo de la fase de liquidación del presente concurso se regirá por lo dispuesto en el artículo 9 del Real Decreto 1860/2004 sin las modificaciones dispuestas en la TT 3.ª de la Ley 25/2015». Añadiendo en la parte dispositiva que «[...] debo declarar no haber lugar a prorrogar el plazo de devengo de los honorarios por la fase de liquidación concursal, debiendo estarse en su determinación a lo dispuesto en el artículo 9 y concordantes del Real Decreto 1860/2004, no siendo aplicables los límites dispuestos en la Ley 25/2015 más que a los concursos declarados desde el 30 de julio de 2015 en adelante». Poco más se puede añadir.

Como conclusión basta decir que simplemente por respeto a la seguridad jurídica, la cual debe predominar en cualquier momento, es cuanto menos arriesgado plantear la retroactividad de cualquier disposición legal que resulte perjudicial para aquel al que se le ha de aplicar y esto sin tener en cuenta los problemas prácticos que se pudieran originar.