Los honorarios de la administración concursal en caso de insuficiencia de masa: STS, Sala Primera, nº 390/2016, de 8 de junio

REVISTA LEX MERCATORIA.

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº3 | Año 2016

Artículo nº 5
Páginas 25-30
revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

Autor/a

Amanda Cohen Benchetrit

Magistrada especialista por el CGPJ en Asuntos propios de lo Mercantil.

Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho Mercantil. Universidad de Málaga

Cuestión que ha generado gran controversia jurídica en el ámbito concursal es la relativa a cómo y en qué lugar deben abonarse los honorarios de la administración concursal en el supuesto de insuficiencia de masa en el concurso.

Ha de recordarse que, conforme a lo que dispone el artículo 176 bis 2 de la Ley Concursal (en adelante, LC):

"2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración 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:

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

2º 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.

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

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

5º Los demás créditos contra la masa".

Como se ve, el precepto no hace expresa referencia a los honorarios de la administración concursal, por lo que se discutió en cuál de los números del artículo 176 bis 2 debían quedar incluidos.

En algunas resoluciones judiciales se ha mantenido que sin el trabajo de la Administración Concursal "no se podría realizar la liquidación y conclusión del concurso", por lo que "no resulta lógico que en casos de insuficiencia de masa el crédito del AC y otros posibles gastos necesarios se posterguen absolutamente frente a otros de los que no depende la tramitación del procedimiento", considerando que "no procede incluir los honorarios de los administradores en el apartado cuarto del art. 176 bis.2º LC puesto que la función del Administrador no es equiparable a la de estos profesionales y recordando que "el Administrador Concursal tiene una función muy determinada cual es asistir al juez desde que se le nombra hasta que el concurso concluye, es el juez del concurso quien le nombra, siendo su trabajo esencial en aquellos procesos en que no existen bienes suficientes para pagar a los acreedores. La labor del administrador es la que permite concluir el proceso concursal y pagar los créditos contra la masa en caso que el activo no sea suficiente, quien realiza los pagos conforme al orden del art. 176 bis.2º es el administrador concursal, paga salarios, alimentos, honorarios de abogados y procuradores, y otros gastos" (en este sentido, puede citarse la Sentencia 237/2015, de 30 de Oct. De 2015, del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Zaragoza, Rec. 295/2012 LA LEY 173615/2015).

En otras ocasiones, se ha defendido que el crédito por honorarios de la Administración Concursal, ante la falta de una previsión expresa, y en caso de insuficiencia de bienes para cubrir los créditos contra la masa, debe quedar incluido en el nº 5 del apartado 2 del artículo 176 bis, que se refiere a "5º Los demás créditos contra la masa".

No han faltado, sin embargo, posturas intermedias. Y, dentro de éstas, se pueden distinguir dos soluciones:

• Por un lado, la ofrecida por el Juzgado de lo Mercantil de Jaén en la Sentencia de 14 de junio de 2013, dictada en el seno de los autos de incidente concursal número 293/2010, resolución en la que se estimó parcialmente la oposición de la Tesorería General de la Seguridad Social a la rendición de cuentas planteada por la Administración Concursal, acordando que debía procederse al pago de los créditos contra la masa conforme al orden establecido en el art. 176 bis 2 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos im-

prescindibles para concluir la liquidación, situando los honorarios de la administración concursal dentro de los imprescindibles para concluir la liquidación de los honorarios que se devenguen durante el período de tiempo en que se realicen las operaciones del art. 176 bis LC, satisfaciendo los restantes dentro del apartado 4 del artículo 176 bis 2.

• Y, por otra parte, la postura mantenida por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, de 3 de marzo de 2.015, que decía lo siguiente: "El orden de pagos del art. 176 bis, introducido por la reforma 38/2011 en los casos de insuficiencia de masa, es cuestión conocidamente polémica, especialmente en lo relativo a la ubicación del crédito de honorarios del AC en fase de liquidación. Las interpretaciones de la norma discurren entre dos extremos: la que puede denominarse literal, que postula la entidad pública recurrente, conforme a la cual, como los honorarios del AC no se mencionan expresamente deben de incluirse en el núm. 5 ("los demás créditos contra la masa"), seguida por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa entre otras en sentencia de 17.7.2014, y la interpretación sostenida por la AC, de entender prioritario el pago de los honorarios dentro del inciso del precepto "créditos imprescindibles para concluir la liquidación", tesis seguida también en la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Bilbao de 19.6.2013, anticipada, bajo la legislación previgente, en la sentencia del mismo órgano de 11.2.2008. Entre las dos posiciones anteriores se ha abierto paso una interpretación intermedia, (seguida por ejemplo en la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Jaén de 14.4.2013) que esta Sala parcialmente comparte, y que sostiene que no resultan acertados los criterios del positivismo literalista, en el sentido de postergar en casos de insuficiencia de masa el crédito de honorarios en liquidación tras las cuatro primeras categorías del precepto, por lo que deben discriminarse los gastos imprescindibles de la liquidación, que se pagarían en primer lugar, y el resto de honorarios, que entrarían en la categoría 4ª de costas y gastos judiciales. Sin embargo, esta interpretación nos parece incompatible con la caracterización legal de los créditos contra la masa, pues el art. 84.2, 2º y 3º se refiere a los créditos por costas y gastos judiciales de forma diferente a los honorarios del AC. Compartimos la visión de que no resulta lógico que en casos de insuficiencia de masa el crédito del AC y otros posibles gastos necesarios se posterguen absolutamente frente a otros de los que no depende la tramitación el procedimiento. Tampoco consideramos que ésta sea la hipótesis que contempla la norma del art. 34, cuyo contenido procede del RDL 3/09 y que en todo caso sigue pendiente de desarrollo reglamentario. En esta tesitura, operando con un criterio lógico y finalista de interpretación, nos parece que está en la lógica de las cosas que determinadas actuaciones del AC sean consideradas imprescindibles para proceder al pago de los créditos contra la masa por el orden legal, también una parte de sus honorarios. Si bien se miran las cosas esta posibilidad de excepcionar la regla del vencimiento está implícita en la redacción de la norma, cuando se alude previamente a los "créditos imprescindibles para concluir la liquidación". La práctica constantemente ofrece ejemplos de estas situaciones, que el legislador no tiene por qué prever expresamente, pero que un legítimo arbitrio judicial en la interpretación de la norma permite discriminar (así, por ejemplo, nos resulta evidente que si la masa previsiblemente insuficiente ha de ser realizada para el pago en el orden legal, estas actividades imprescindibles para la realización deberán abonarse previamente). En estos casos resulta exigible al AC

identificar con precisión **qué actuaciones son imprescindibles para obtener numerario y gestionar el pago y cuál es su importe**, para que el juez del concurso valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prioritario. El resto de actuaciones seguirán el criterio general de pago a su vencimiento, con arreglo al apartado 5º del art. 176 bis.2. Del mismo modo, **los honorarios devengados desde la comunicación de posible insuficiencia de masa hasta el informe final se incluirían en el mismo criterio de gastos necesarios**". Esta sentencia, sin embargo, cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Sr. Menéndez Estébanez, que se expresa en estos términos: "se acoge en la fundamentación de la sentencia la tesis de que determinadas actuaciones de la administración concursal sean consideradas imprescindibles para proceder al pago de los créditos contra la masa por su orden legal, también parte de sus honorarios, y de esta forma incardinar tal crédito en la excepción del segundo párrafo del art. 176 bis.2 LC, con la consecuencia de que se pagarían con preferencia del resto de acreedores contra la masa respecto de los que los 5 ordinales de dicho establece precisamente un orden de prelación para su pago. Esta interpretación entiendo no se ajusta a una adecuada actividad hermenéutica en la que deben conjugarse el elemento literal, el elemento, lógico, racional o teleológico y el elemento sistemático. Nos movemos en un ámbito normativo que pretende establecer excepciones a la regla general y regular un determinado orden de pagos de los créditos contra la masa en caso de que resulte insuficiente la masa activa, tal y como dispone el apdo. VIII.3 del Preámbulo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, por lo tanto debe atenderse a una interpretación restrictiva, no introduciendo clases de créditos en el orden preferencial que no hayan sido establecidos expresamente por el legislador. Partiendo de esta consideración, la retribución de la administración concursal está configurada como un crédito contra la masa (art. 34.1 LC), con autonomía conceptual propia. A pesar de ello, el legislador no ha previsto respecto de dicho crédito preferencia alguna en la redacción del art. 176 bis.2 LC, por lo que debería incardinarse en el último apartado relativo a los demás créditos contra la masa. Aboga además en esta línea interpretativa la interacción entre el art. 176 bis.2 LC y el art. 34.2 c) LC, según el cual, en aquellos concursos en que la masa sea insuficiente, se garantizará el pago de un mínimo retributivo establecido reglamentariamente, mediante una cuenta de garantía arancelaria que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales. Es decir, se garantiza al menos un mínimo retributivo por esta vía de la cuenta de garantía, por lo que resultaba innecesaria una protección específica en la prelación de pagos que establece el art. 176 bis.2 LC. Con lo anterior debe tenerse en cuenta la complejidad que se introduce, creando una cierta inseguridad jurídica a la hora de delimitar dentro de los honorarios de la administración concursal, qué parte debe considerarse preferente para su pago por incluirse en el concepto de "créditos imprescindibles para concluir liquidación", dado que el sistema arancelario de cobro de su retribución, según el RD 1860/2004, de 6 de septiembre, tiene como criterios de cuantificación porcentajes sobre periodos de tiempo en función de la retribución aprobada para la fase común, pero no partidas o gastos concretos".

Expuestas, de esta manera, las distintas posiciones que se habían mantenido sobre la cuestión planteada, se sentía la necesidad de un pronunciamento al respecto de la Sala

Primera del Tribunal Supremo, que fijara la línea a seguir.

El Alto Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones sobre el funcionamiento del artículo 176 bis 2 LC (así, por ejemplo, en las Sentencias 306/2015, de 9 de junio, 310/2015, de 11 de junio, 311/2015, de 11 de junio o 187/2016, de 18 de marzo) manteniendo que "(...) las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis 2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos los créditos contra la masa pendientes de pago", rechazando que dicho orden de pago se aplique sólo a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación e insistiendo en que "el crédito vencido con anterioridad no tiene derecho a ser pagado al margen de dicho orden de prelación, sino que se ve igualmente afectado por este orden, con independencia de que el administrador concursal haya podido incurrir en responsabilidad por no haber cumplido o respetado, antes de la comunicación, el orden de los vencimientos en la satisfacción de los créditos contra la masa".

Pero, no ha sido hasta la Sentencia de 8 de junio de 2016 (sentencia núm. 390/2016, Ponente: Vela Torres, Pedro) cuando ha podido abordar la cuestión objeto de análisis en estas páginas.

¿Cómo pueden calificarse los honorarios de la administración concursal? ¿Deben considerarse todos los actos de dicha administración concursal, una vez que ha sido comunicada la insuficiencia de masa, como imprescindibles para concluir la liquidación? ¿Cómo deben abonarse y en qué lugar los honorarios de la administración concursal?

El Tribunal Supremo, en la resolución citada, mantiene que, a falta de identificación legal expresa, será la propia administración concursal quien identifique "con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 182.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible".

Y respecto del resto de actuaciones, rechaza que los honorarios que devenguen puedan tener encaje en el apartado 4º del artículo 176 bis 2 "4º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso", indicando que si bien habrá actuaciones de la administración concursal que puedan ser consideradas costas y gastos de justicia, los honorarios corresponden a otro concepto, que es el de gastos de administración. Por ello, estima que habrán de incluirse en el grupo residual del apartado 5º del artículo 176 bis 2 LC.

Opta, en consecuencia, el Tribunal Supremo por la postura intermedia que ya acogió la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 3 de marzo de 2015. Para la determinación de los créditos imprescindibles para la liquidación intruduce un trámite no previsto expresamente en la ley, que es el de la necesidad de que la administración concursal determine qué actuaciones de las realizadas estima absolutamente necesarias para la liquidación y conclusión del concurso, y la cuantía de los honorarios que representan las mismas, con necesidad de audiencia del resto de acreedores.

Dicha solución me parece lógica, aunque no es descabellado pensar que dicha determinación por la administración concursal de sus actuaciones imprescindibles y de los hono-

rarios que representan para su pago preferente será fuente de previsibles conflictos, con el consiguiente incremento de incidentes concursales y de recursos frente a la decisión que al respecto adopte el Juez.

En algunas ocasiones resultará clara la calificación como imprescindible de la concreta actuación realizada (piénsese en los créditos generados con las operaciones de liquidación: pago de gastos de publicidad de la realización, pago de salarios a los trabajadores que colaboren en las tareas de liquidación con la administración concursal, los gastos de depósito y conservación de los bienes hasta su realización, gastos notariales y registrales en ventas de existencias). Pero, en todo caso, la delimitación del concepto de "créditos imprescindibles para concluir la liquidación" requerirá un examen caso por caso, al que habrá que aplicar un criterio de prudencia, dada la naturaleza del resto de los créditos con los que concurrirá el propio de la Administración Concursal dentro del orden de pagos del artículo 176 bis 2 LC.