

I FORO CONCURSAL DEL TAP

JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA CONCURSAL

Edmundo Rodríguez Achútegui. Magistrado

I.- Los créditos contra la masa: I.1.- Crédito por la solicitud de concurso del art. 84.2.2º LC (minuta abogado); I.2.- Crédito por la solicitud de concurso del art. 84.2.2º LC (Validez pacto cliente/ abogado en el concurso); I.3.- Crédito derivado del despido improcedente de un trabajador. **II.- Cuestiones procesales:** II.1.- Legitimación del concursado para impugnar el inventario; II.2.- Alzamiento de embargos administrativos. **III.- Resolución contratos en interés del concurso:** III.1.- Resolución permuta financiera tipos de interés. **IV.- Acciones rescisorias:** IV.- Rescisión de la junta que acuerda pago de dividendos y del abono mismo de éstos. **V.- Conclusión concurso:** V.1.- Interpretación del importe del crédito laboral.

En los últimos meses de este año 2014 han sido varios los pronunciamientos que realiza el Tribunal Supremo interpretando la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC). Aunque no todos serán analizados en esta exposición, se van a sistematizar por materias los que se consideran de mayor relevancia, con el fin de apreciar el modo en que la jurisprudencia responde a problemas recurrentes.

I.- Los créditos contra la masa

En el caso de los créditos contra la masa son varias las resoluciones que aclaran dudas de diversa índole. Aquí se recogen las reclamaciones del abogado que pretende cierto importe como crédito contra la masa por solicitar concurso necesario, el del letrado que pacta una minuta con el deudor luego declarado en concurso para solicitar tal declaración, y la calificación que merece el crédito del trabajador despedido antes del concurso, cuyo despido es declarado improcedente después.

I.1.- Crédito por la solicitud de concurso del art. 84.2.2º LC (minuta abogado)

La STS 21 julio 2014, de la que es ponente Ignacio Sancho Gargallo, afronta la reclamación en el concurso de Forum Filatélico de una minuta del letrado que solicitó el concurso. Los hechos más relevantes son:

1.- El concurso de Forum Filatélico fue declarado a instancia de un acreedor, el 22 de junio de 2006, sin que hubiera oposición. La fase común concluye dos años después. El abogado del acreedor solicitante reclama el reconocimiento de un crédito contra la masa de de 4.713.755,93 € según las normas orientadoras del ICAM.

2.- La Administración concursal se opone y solicita se reduzca a 60.000 €. Otros acreedores se oponen y entiende inaplicables al caso las normas del ICAM.

3.- El Juzgado reconoce un crédito contra la masa del art. 84.2.2º por importe de 62.733,92 euros más IVA. Llega a tal conclusión considerando que sólo tienen tal consideración los honorarios por la solicitud y declaración del concurso, considerando no aplicables las normas orientadoras citadas.

4.- La audiencia desestima el recurso considerando que el concurso no puede ser una fuente de enriquecimiento injustificado de los profesionales que intervienen con grave quebranto de las posibilidades de cobro de los acreedores concursales. Confirma que según el art. 84.2.2º LC sólo merecen la consideración de crédito contra la masa las actuaciones para solicitud y declaración de concurso, no los de la fase común. No son de aplicación las normas orientadoras que además nada prevén para el concurso, y no considera arbitraria la fijación del crédito de la instancia.

Cuestiones tratadas:

1.- Aplicación de las normas orientadoras: El recurso considera infringido el art. 84.2.2º LC y entiende aplicables las normas orientadoras, citando la STS 3 febrero 1998, 25 octubre 2002 y 22 diciembre 2006, en cuanto refieren que los servicios prestados por un abogado han de retribuirse conforme a las mismas.

Para resolver se cita la STS 11 febrero 2013, que resolvió el recurso del Procurador de ese mismo concurso. Allí se decía que los créditos contra la masa deben ser de interpretación restrictiva. Añade que tras la Ley 38/2011, se subraya el carácter excepcional de estos créditos, al sustituir la mención “ocasionados” por “necesarios”. Dice que “*se ahonda en la idea de cargar a la masa del concurso tan sólo las costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso*”.

En particular si el concurso es necesario considera que “propiamente sólo habrá un crédito por costas frente al deudor concursado cuando haya existido condena en costas, como consecuencia de la desestimación de la oposición del deudor a la declaración de concurso”, conforme a los arts. 18 y ss LC. La inclusión de ese crédito en el art. 84.2.2º LC es reflejo de la regla del art. 20.1 sobre las costas en que se desestime la oposición y por lo tanto, se declare el concurso necesario, que dice que tendrán consideración de crédito contra la masa. En cambio si no hay oposición el art. 18.1 LC dispone que el juez dicta auto declarando el concurso, “sin que exista propiamente condena en costas”.

En el caso de concurso voluntario tampoco hay crédito contra el deudor por costas derivadas de la solicitud y declaración, porque no hay condena en costas. Hay crédito del Procurador por derechos y suplidos, y del letrado por honorarios, que a los efectos del art. 84.2.2º tienen el carácter de gastos necesarios por ser preceptiva su intervención siempre que “*su cuantificación sea razonable y proporcionada con la onerosidad de los servicios prestados*”. Partiendo de esa argumentación dice entonces que “***este mismo tratamiento merecen los créditos del procurador y del abogado por los servicios prestados para la solicitud de un concurso necesario cuando no hay oposición y por lo tanto la declaración de concurso no contiene condena en costas***”.

2.- Cuantía: Parte la sentencia de que la determinación de la cuantía puede realizarse en dos escenarios. Uno, si hay controversia entre cliente y letrado. Otro, si hay condena en costas y se tasan. En el primer caso el principio es de libre determinación de la remuneración, sin que vinculen las normas orientadoras (STS 17 mayo 2013), reforzado por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que traspone la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre. En el segundo, la doctrina de la tasa es que debe atenderse a todas las circunstancias concurrentes, tales como trabajo realizado en relación con el interés y cuantía económica del asunto, tiempo de dedicación, dificultades del escrito de impugnación o alegaciones, resultados obtenidos, etc., sin que por tanto sean determinantes por sí solos ni la cuantía ni los criterios del Colegio de Abogados, precisamente por ser éstos de carácter orientador, como recoge el ATS de 12 de abril de 2011, rec. 1018/2008.

Esta segunda doctrina es la que ha de aplicarse al concurso al amparo del art. 84.2.2º LC cuando haya habido condena en costas, sin que ni la cuantía ni los criterios orientadores del Colegio de Abogados sean determinantes. Si no hay tal condena, cuando los honorarios han de ser satisfechos con cargo a la masa, el posible pacto entre el cliente y el letrado no vincula a los intereses del concurso de acreedores. El deudor concursado ya no dispone plenamente de sus bienes y derechos, lo pactado entre cliente y letrado no vincula a la Administración Concursal, y los acreedores han de ser tutelados (STS 18 julio 2014).

Es más, la sentencia dice que *“La administración concursal, a quien corresponde atender la reclamación de pago del crédito contra la masa, y en caso de controversia al juez del concurso, deben valorar la remuneración de los servicios jurídicos prestados que según el art. 84.2.2º LC merecen ser abonados con cargo a la masa”*. Contradice la restricción interpretativa de los créditos contra la masa que se apliquen normas orientadoras para extender el crédito a actuaciones de fase común no contempladas en el art. 84.2.2º LC. De ahí concluye que dada la complejidad de la solicitud, la falta de oposición y la remuneración de la AC, se ha ponderado correctamente el importe a fijar como remuneración.

I.2.- Crédito por la solicitud de concurso del art. 84.2.2º LC (Validez pacto cliente/abogado en el concurso)

En la STS 18 julio 2014, ponencia de Ignacio Sancho Gargallo, son hechos los siguientes:

1.- El 7 noviembre 2007 Bifor SLU firmó hoja de encargo con una sociedad profesional para la prestación de servicios dirigidos a que la sociedad solicitara declaración de concurso en Albacete. Se pactó un precio de 180.000 € más IVA, a pagar 100.000 a la firma, 40.000 al término de la fase común y el resto en la fecha de la junta de acreedores o al abrirse la fase de liquidación.

2.- Antes de declararse el concurso se abonan 100.000 €. En fase de liquidación se reclama que el resto sea reconocido como crédito contra la masa. Como la Administración Concursal no accede, se interpone un incidente concursal en reclamación de su reconocimiento y pago.

3.- El juzgado desestima la pretensión considerando que los letrados habían cobrado en exceso los servicios jurídicos prestados al concursado. El juzgado no niega al letrado el derecho a que se le retribuyan sus servicios, pero argumenta que, en la medida en que los gastos de la solicitud de concurso y de la asistencia jurídica del concursado deban abonarse con cargo a la masa, no vincula al concurso el pacto de honorarios al que hubieran llegado el letrado y la concursada antes de la presentación de la solicitud de concurso. La Audiencia Provincial desestima el recurso.

Cuestiones tratadas:

1.- Importe de los honorarios: Recurre la sociedad profesional considerando que no se ha impugnado el pacto entre cliente y letrado, que el juez no puede alterar. No es posible tampoco moderar porque el importe se fijó por las partes. No hay abuso de derecho ni desproporción en el importe convenido.

El TS parte de que el crédito debe merecer la consideración contra la masa en los términos del art. 84.2.2º LC, que son de interpretación restrictiva al mermar las posibilidades de cobro de los créditos concursales. La reforma de la Ley 38/2011 endurece el régimen de los de ese apartado, pues deben ser gastos necesarios.

Analizando si vincula al concurso lo pactado entre el deudor y el letrado concluye el TS que el régimen es distinto fuera y dentro del concurso. Fuera, hay que estar a lo pactado por las partes, normalmente en las hojas de encargo y sus novaciones. Las normas de honorarios marcan límites pero no son contrarias a los pactos de las partes sobre importe y forma de pago.

En cambio declarado el concurso “la situación cambia”. La masa activa con cargo a la cual deberían pagarse los honorarios del letrado, está afectada a la satisfacción de los créditos de los acreedores, y el reconocimiento y pago de cualquier crédito contra la masa constituye una merma de esta legítima expectativa. El concursado ya no dispone libremente de sus bienes y derechos conforme al art. 40 LC. Lo que hubiera convenido con su letrado respecto del precio de los servicios, no resulta oponible a la administración concursal que representa los intereses del concurso, ni por ende a los acreedores concursales.

La doctrina que fija es que “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”.

Finalmente concluye que hay que distinguir entre los honorarios ya pagados, que son los correspondientes a la solicitud y declaración del concurso, de los que retribuyen servicios posteriores. El pago de honorarios excesivos antes de la declaración de concurso, por servicios prestados con anterioridad a la declaración, puede ser objeto de impugnación mediante la acción rescisoria concursal, si se consideran perjudiciales para

la masa. Aunque en este caso no se haya hecho la Administración Concursal, Juzgado y Audiencia han estimado que el importe satisfecho retribuye suficientemente los servicios realmente prestados, *“porque supera con creces el parámetro de referencia que son los honorarios del letrado administrador concursal”*, por lo que se desestima el recurso.

1.3.- Crédito derivado del despido improcedente de un trabajador

Analiza esta cuestión siempre polémica la **STS 24 julio 2014, de la que es ponente** Rafael Sarazá Jimena, resolviendo la calificación del crédito por indemnización del trabajador despedido antes de declararse el concurso, cuyo despido se declara improcedente después. Los hechos son:

1.- 8 trabajadores de Muebles Antonio Celda S.L. fueron despedidos el 24 octubre 2008. Presentaron ante el Juzgado de lo Social de Valencia demanda de despido improcedente el 16 de diciembre de 2008.

2.- El 30 de diciembre de 2008 Muebles Antonio Celda S.L. es declara en concurso mediante auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Valencia.

3.- El 26 de mayo de 2009 el Juzgado de lo Social declara los despidos improcedentes. Pero como la sociedad ha cesado en su actividad, la sentencia explica que *“... la opción por la readmisión es imposible, procede **declarar extinguida la relación laboral**, fijando las cantidades que la empresa debe abonar a los trabajadores por los conceptos de indemnización y salarios de tramitación...”*, que fija en el fallo.

4.- La administración concursal calificó dichos créditos como concursales con privilegio general del art. 91.1 LC, salvo los salarios de tramitación correspondientes al periodo posterior a la declaración de concurso, que consideró como crédito contra la masa.

5.- El letrado de los trabajadores planteó incidente concursal reclamando que los créditos de los mismos fueran reconocidos contra la masa que se desestima en la instancia y en apelación.

Cuestiones discutidas:

1.- Infracción procesal: Respeto a la decisión del Juzgado de lo Social: El recurrente reprocha a la sentencia que desconozca lo acordado por el Juzgado de lo Social. El TS entiende que no hay razón para tal reproche, porque se ha respetado lo decidido por aquél. Recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la vinculación de una jurisdicción a lo resuelto por otra (STC 129/2009), que *“... no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe ser motivada”*.

Eso ocurre en este caso en que las sentencias de juzgado y audiencia admiten la existencia de una previa sentencia de lo social que declara extinguida la relación laboral y fija indemnizaciones por despido. Lo que hacen es aplicar la normativa concursal para calificar tales créditos, sea o no correcta tal calificación.

2.- Casación: reconocimiento de indemnización por Juez Concursal o Social. El recurrente sostiene que no puede calificarse el crédito de concursal porque no se genera cuando se produce la carta de despido, sino cuando tal despido se declara improcedente por el juzgado, y puesto que no ha sido posible la readmisión al haber cesado su actividad el empleador, se fija en la sentencia de lo social el importe de la indemnización.

La sentencia comienza recordando el Convenio 173 OIT firmado por España, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. De ahí pasa al art. 84.2.5º LC, que considera créditos contra la masa, que han de satisfacerse conforme al art. 154 LC, los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo.

Esas indemnizaciones no son sólo las que dispone el juez del concurso conforme al art. 64 LC, que tienen la particularidad que dispone el párrafo segundo del art. 84.2.5º LC, pues se entienden directamente comunicados y reconocidos por la propia resolución. Son también, dice la sentencia, las reconocidas por extinciones individuales acordadas por el juez de lo social o del concurso.

3.- Ámbito temporal: La interpretación de los arts. 84.2.5 y 91.1 LC permite concluir que el momento decisivo es la declaración de concurso, de modo que es concursal el crédito anterior y contra la masa el posterior. El art. 91.1 LC, inciso final, dice que tienen la consideración de créditos concursales los “devengados con anterioridad a la declaración de concurso”, aunque el reconocimiento o declaración judicial se produzca con posterioridad. Si fuera así, hasta tal reconocimiento tendrían la consideración de crédito litigioso y por tanto contingente conforme al art. 87.3 LC.

4.- Régimen laboral: Aplicando la legislación vigente por entonces, Estatuto de Trabajadores y Ley Procedimiento Laboral, aunque ahora opera de forma semejante con la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en caso de despido improcedente el empresario puede optar por la readmisión abonando los salarios de tramitación, o el despido abonando la indemnización correspondiente. Se llevaba a cabo el incidente especial del art. 277 TRLPL, y si se acreditaba la imposibilidad de readmitir por cese o cierre, el juez dictaba auto que conforme al art. 284 TRLPL declaraba extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordaba que se abonara al trabajador la indemnización por despido improcedente y los salarios de tramitación.

Añade que la jurisprudencia laboral (STS 6 octubre 2009) permitía que ese incidente se obviara y se fijara todo ello en sentencia si había constancia de que el cese o cierre existía en el momento en que se celebraba el juicio.

5.- Calificación Indemnización por despido.- Partiendo de esos datos, la sentencia acude al hecho que motiva la extinción del contrato de trabajo. Entiende que el crédito indemnizatorio por despido se devenga por la decisión del empleador de no readmitir al trabajador despedido una vez declarado improcedente el despido, o por su conducta imposibilitando la readmisión. Si esto sucede cuando está declarado en concurso, la decisión habrá sido tomada por el empleador concursado con la autorización de la

administración concursal, o directamente por esta, en interés del concurso, y tras la declaración de este.

Eso ocurre no solo cuando se produce el despido ya declarado el concurso, sino también cuando la decisión de extinguir el contrato al optar el concursado o la administración concursal por la no readmisión, se produce estando declarado ya el concurso, aunque el despido fuera anterior, al igual que sucede con otras relaciones vigentes al declararse el concurso que luego se extinguen por su interés, conforme al art. 61.2 LC. La naturaleza de la indemnización responde a la del resarcimiento por los daños que ocasiona al trabajador esa decisión, la no readmisión pese al carácter improcedente del despido.

Otro tanto opera si la readmisión es imposible por cese de la actividad o cierre de la empresa. El cese de la actividad del concursado es una decisión adoptada en interés del concurso, que determina la extinción del contrato de trabajo pese a la declaración de improcedencia del despido, y el devengo de la indemnización por despido improcedente.

6.- Calificación Salarios tramitación anterior a la declaración de concurso: La sentencia dispone un régimen distinto para los salarios de tramitación correspondientes al periodo anterior a la declaración del concurso. El crédito no surge por la opción adoptada por la administración concursal, o el concursado con su autorización, en interés del concurso. Se devengan por el despido acordado por el empresario antes de la declaración de concurso. Su devengo se produce sea cual sea la opción que se decida adoptar cuando el despido se declare improcedente.

En el caso de los correspondientes al periodo anterior a la declaración del concurso, ni el devengo de tales salarios de tramitación es posterior a la declaración de concurso, ni procede de una decisión adoptada en ese momento, con intervención de la administración concursal, en atención al interés del concurso.

Tampoco procede aplicar a los salarios de tramitación anteriores a la declaración de concurso la previsión del art. 84.2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto que los mismos no tienen naturaleza salarial, de retribución del trabajo realizado durante el tiempo que corresponde a su devengo, sino una naturaleza indemnizatoria, citando la sentencia las STS de la Sala de lo Social de 19 mayo 1994, 14 julio 1998, 17 mayo 2000 y 21 octubre 2004. Por ello no los considera créditos contra la masa, sino créditos concursales con privilegio general del art. 91.1 LC, aunque se hayan reconocido con posterioridad a la declaración de concurso.

II.- Cuestiones procesales

II.1.- Legitimación del concursado para impugnar el inventario

En la STS 24 julio 2014, ponencia de Sebastián Sastre Papiol, se analizan los siguientes hechos:

1.- Una sociedad concursada, NUCIA HILLS CONSTRUCCIONES S.L. impugna el informe de la Administración Concursal por no haber incluido en el activo determinadas fincas.

2.- La Administración Concursal niega legitimación activa porque hasta ese momento no había señalado los bienes, que no constaban en la solicitud de concurso. Tampoco los había mencionado antes de elaborar su informe, faltando al deber de colaboración que exige la ley. Dos de las fincas no están inmatriculadas en el Registro y la otra figura con dos inmatriculaciones distintas.

3.- El Juez Mercantil de Alicante desestima la demanda. Argumenta que el cauce de la impugnación del inventario no es adecuado para lo pretendido. Debió comunicarse por el deudor a la Administración Concursal.

4. La Audiencia Provincial de Alicante no lo entiende así. Considera que el principio de universalidad del art. 76 LC, que supone que la masa activa está compuesta por todos los bienes y derechos del deudor, obliga a incluirlas. No es obligada la inscripción de las fincas, lo que no impide que formen parte de la masa activa del deudor concursado. Debiendo incluirse, es necesario realizar la valoración.

5.- La Administración Concursal recurre en casación.

Cuestiones tratadas:

1.- Legitimación del deudor: La Administración Concursal entiende que carece de legitimación activa la deudora concursada para incluir unos bienes que no declaró como propios al presentar la solicitud del concurso. Esta omisión, fuera deliberada o negligente, privaba de legitimación a la concursada, sin perjuicio de que la administración concursal incluya tales bienes en aplicación del principio de universalidad (no como consecuencia de la acción ejercitada).

El Tribunal no acoge ese motivo por: 1) Desde la LEC 2000 ya no cabe distinguir legitimación ad procesum y ad causam. La primera en realidad es capacidad procesal, y legitimación sólo la segunda, prevista en el art. 10 LEC. La legitimación es la *“posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud o idoneidad para ser parte procesal pasiva, en cuanto supone una coherencia o armonía entre la cualidad atribuida -titularidad jurídica afirmada- y las consecuencias jurídicas pretendidas”*. Atendiendo a los arts. 96 y 184.1 LC (el deudor es parte en todas las secciones), la legitimación del deudor concursado es incuestionable, pues expresamente le confieren al mismo tal legitimación los citados preceptos. 2) La AC tiene la obligación legal de incluir en el inventario todos los bienes del deudor concursado. Al oponerse a la pretensión no niega, sin embargo, que dichos bienes sean de tal titularidad.

2.- Ámbito incidente concursal art. 96 LC. La AC sostiene que el objeto del incidente del art. 96.1 LC no puede ser examinar el inventario a la luz del plan de liquidación. Añade que la sentencia de la audiencia conlleva una implícita nulidad de actuaciones, al obligar a valorar los bienes incluidos y consecuentemente, a retrotraer las actuaciones.

El TS no lo entiende así. Afirma que nos encontramos en el ámbito del art. 96.2 LC (impugnación del inventario) pues se pretende la inclusión de bienes omitidos.

3.- Actos propios: Argumenta la AC recurrente que el concursado omitió hasta en dos ocasiones la indicación de los bienes que luego pretende incluir impugnando el informe (en la solicitud y cuando le requiere), faltando de este modo a la buena fe. Dice que el deudor tiene obligación de expresar sus bienes con la solicitud y no esperar a que se elabore el informe con el inventario por la AC y luego impugnarlo. A ello suma que no es lícito denunciar el incumplimiento de un deber que sólo a él incumbía. La AC califica de fraude pretender presentarse como diligente.

Dice el TS que de nuevo se plantea con ello la cuestión de la legitimación. El art. 96.1 LC dice que “las partes personadas podrán impugnar”, y el deudor está personado. Además el art. 184.1 dice que en todas las secciones el deudor y AC serán reconocidos como partes sin necesidad de comparecer en forma.

No se va contra los actos propios por la función que cumple el inventario. Su finalidad es informar a acreedores e interesados de la composición de la masa activa atendiendo el principio de universalidad. No se persigue una acción declarativa, sino la constatación de la existencia de un bien, sin perjuicio de tercero.

4.- Infracción de la normativa urbanística. Se argumenta en el recurso que estos bienes carecen de licencia y por ello no son susceptibles de incorporarse al tráfico económico o jurídico. El TS lo desestima recordando el art. 85.2 LC que dispone que el avalúo se hace teniendo en cuenta las cargas, derechos o gravámenes que padezcan. Las dos fincas forman parte de una promoción en curso, y aunque no tengan licencia podrán ser legalizadas. La falta de regularidad administrativa no afecta a la existencia, sino al valor. No hay prueba de que no pueda comercializarse.

II.2.- Alzamiento de embargos administrativos

En realidad no se trata de una sentencia que cree jurisprudencia, pues se dicta por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción. No obstante la **STCJ 26 junio 2014, ponencia de** Octavio Juan Herrero Pina, afronta la situación en que se encuentra el concurso cuando quiere cuestionar actuaciones que las administraciones públicas realizan detrayendo de la masa activa cantidades que han embargado. El conflicto se basa en lo siguiente:

1.- AEAT dicta providencia apremio 17 mayo 2012, notificada al día siguiente, contra Alto Bierzo S.A. por deuda IVA. El 29 enero 2013 dicta diligencia de embargo de los créditos que tenga contra Endesa Generación S.A., notificado el 31 de enero. El 5 de febrero Endesa contesta que no hay tales créditos.

2.- El 14 junio 2013 se dicta nueva diligencia de embargo, pero en razón al embargo de 29 de enero, Endesa realiza un ingreso a la AEAT de 722.353,90 €.

3.- El 10 julio 2013 el Juzgado de lo Mercantil de León dicta auto declarando en concurso a Alto Bierzo S.A.

4.- El 23 septiembre 2013 la concursada y la Administración Concursal solicitan nulidad del procedimiento ejecutivo citado. AEAT se opone. El 18 noviembre concursada y AC reiteran reclamación del importe entregado por Endesa.

5.- El 12 diciembre 2013 AEAT rechaza la petición y el 3 de enero de 2014 el Juzgado declara la nulidad de actuaciones de lo actuado por la administración. Oye entonces al fiscal y dicta providencia requiriendo de inhibición.

Cuestiones Jurídicas:

1.- El conflicto. El Juzgado en su auto de 3 de enero sostiene que: 1) La actuación ejecutiva de AEAT ha tenido lugar cuando se hallaba en suspenso conforme al art. 55 LC, pues no se instó del juzgado la declaración de no necesidad del bien embargado. 2) Aunque el importe no fuera necesario para continuar la actividad, el procedimiento de apremio no podía continuar porque el crédito no existía a fecha de declaración de concurso (10 julio 2013), lo que supone la nulidad de la diligencia por contravenir el art. 588.1 LEC (“Será nulo el embargo sobre bienes y derechos cuya efectiva existencia no conste”).

2.- La oposición. Abogado del Estado y Fiscalía sostienen que solo AEAT puede declarar la nulidad de su procedimiento de apremio. Añade que conforme a los arts. 7 y 8 de la LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, sólo cabe plantear conflictos si el procedimiento administrativo está en trámite, lo que no sucede en este caso.

3.- Admisibilidad del conflicto. Sobre la improcedencia del planteamiento del conflicto, dice el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción que quien plantea el conflicto es el Juzgado de lo Mercantil, cuyo procedimiento concursal está en trámite, resistiéndose a la inhibición la AEAT.

4.- No cabe declarar nulidad apremios administrativos. Dice el Tribunal que la cuestión se centra en si es posible que el Juez del concurso pueda declarar nulidad de actuaciones de un procedimiento de apremio administrativo y subsiguiente embargo anterior a la declaración de insolvencia. Al respecto se remite a su anterior STCJ 31 marzo 2014, que en base al art. 86 ter 1.3º LOPJ, que otorga al juez competencia en la medida que lo disponga su ley reguladora, concluyó que aunque era dudoso que tuviera tal competencia desde luego tras la Ley 38/2011, queda restringida dicha posibilidad.

5.- Las facultades del juez del concurso. Dice el TCJ que no obstante el art. 86 ter 1.3º LOPJ dispone que el Juez Mercantil es competente, de forma exclusiva y excluyente, para resolver en materia de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial “*cualquiera que sea el órgano que lo hubiera ordenado*”. Esa competencia es compatible con el art. 55.2 LC que dispone “*Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos*”, y con el art. 55.1 segundo párrafo, que permite la continuación del procedimiento de ejecución de bienes previamente embargados siempre que éstos no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, circunstancia que corresponde valorar exclusivamente al Juez del concurso.

Dice la sentencia que “*nada impide al Juez de lo Mercantil, pese a no poder levantar los embargos administrativos anteriores a la declaración de concurso, solicitar que los bienes afectados sean puestos a su disposición, integrados en la masa del concurso* y, en este ámbito, decidir las cuestiones que se susciten en cuanto a lo que

al efecto disponga para su adecuada ejecución y efectividad". Pero no es eso lo que hizo el juez, que declaró incorrectamente nulidad de actuaciones del apremio administrativo. Además, no hubo pronunciamiento judicial acerca de que los bienes embargados fueran necesarios para continuar la actividad del concursado.

6.- Analiza después el segundo argumento del juzgado, que se apoya en el art. 9.1 LC que declara que la jurisdicción del juez del concurso se extiende a todas las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas o sociales. Dice la sentencia que la extensión de la jurisdicción a estas cuestiones prejudiciales está justificada por la necesidad de garantizar el adecuado desarrollo del concurso, evitando demoras y disfunciones, y a los solos efectos del concurso, pues si no concurren esas circunstancias no hay cuestión prejudicial.

Entiende que en este caso ocurre eso, es decir, que no hay cuestión prejudicial que ampare la pretendida nulidad de actuaciones del apremio administrativo. Y no lo hay porque "... **nada impedía al Juez**, como ya se dijo en la sentencia de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 25 de febrero de 2013 y hemos reiterado antes, **acordar lo que entendiera necesario para que el producto de los bienes y créditos embargados** a la concursada, **pese a la persistencia formal de los embargos** y actuaciones practicadas, **fuera puesto a disposición de aquél e integrado en el concurso**".

En consecuencia concluye que la competencia para declarar la nulidad de embargos y actos de apremio de la AEAT no corresponde al juez del concurso.

III.- Resolución contratos en interés del concurso

III.1.- Resolución permuta financiera tipos de interés.

La STS 10 julio 2014, ponencia de José Ramón Ferrándiz Gabriel, resuelve una cuestión vidriosa, como la resolución de un contrato de permuta financiera de tipos de interés, manteniendo una tesis de la que discrepan dos magistrados en voto particular.

Hechos: 1.- La concursada Prefabricados Castelo SAU, tras intentarlo en comparecencia ante el juez, en la que hubo de acuerdo en resolver pero no en la calificación del crédito resultante, presentó demanda incidental frente a varias entidades bancarias solicitando en interés del concurso la resolución de varios contratos de permuta financiera o swaps que había suscrito con éstas.

2.- El Juez de Pontevedra estima, pero declara que el crédito restitutorio derivado de tal resolución tiene la consideración de crédito contra la masa conforme a los arts. 61.2 y 84.2.6º LC.

3.- La Audiencia Provincial mantiene la resolución pero revoca la decisión de calificar dicho crédito restitutorio como crédito contra la masa, en aplicación del art. 16.2 RDL 5/2005, de 11 de marzo, por considerar el crédito concursal. Banesto recurre, el asunto pasa al ponente, Rafael Sarazá Jimena, pero al disentir de la mayoría pasa al presidente de la Sección, José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Cuestiones tratadas:

1.- Posición de la mayoría.- Se parte de que es firme, por haberlo consentido las partes, la decisión de resolver en interés del concurso los contratos de permuta financiera de tipos de interés. La relación litigiosa era, por lo tanto, de las previstas en el art. 61.2 LC, es decir, contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte.

El recurrente pide que no se califique el crédito conforme al art. 16.2 RDL 5/2005, sino conforme al art. 61.2 LC, contra la masa. Dice la mayoría de la sección del TS que el contrato se resuelve por interés del concurso, no por incumplimiento de la concursada, situación en que el art. 61.4 LC remite al art. 16.2 RDL 5/2005.

Por lo tanto será de aplicación el párrafo segundo del art. 61.2 LC, que dispone que a falta de acuerdo, en caso de resolución en interés del concurso el juez decidirá sobre los efectos, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa. Eso sucedió en este caso, donde el juez resuelve en interés del concurso, y por lo tanto, dispone la restitución con cargo a la masa.

2.- Voto particular: El ponente, Rafael Sarazá, y otro magistrado, Ignacio Sancho, discrepan del parecer de la mayoría. Recuerdan la doctrina del propio TS sobre los swaps (8 y 9 enero 2013), en los que indicaban que esta clase de contratos no generan obligaciones recíprocas. En síntesis se trata de una forma de liquidar por reducción los riesgos, sin que obligue a prestaciones que merezcan la consideración de recíprocas.

Afirma que la permuta no se trata de un contrato conmutativo, en que cada parte conoce el contenido de cada prestación desde que el contrato se perfecciona. Es un contrato aleatorio. Aunque ambas partes quedan obligadas por el contrato, solo una de ellas ejecutará una prestación según cual sea el tipo de interés aplicable en cada liquidación.

Dicen los discrepantes que el riesgo es bilateral, pues cada una de las partes puede ganar o perder, y las posibilidades de ganancia o pérdida son recíprocas. Pero tras esa reciprocidad genética no se produce una reciprocidad funcional porque del contrato solo surgen en cada liquidación obligaciones para una de las partes, que no guardan relación causal con las que pudieran derivarse en el futuro para la otra.

Lo que los tribunales de instancia consideran resolución en interés del concurso no es tal. El deber de congruencia de los tribunales no puede llegar al extremo de transformar las estipulaciones de un contrato en otro de naturaleza distinta, especialmente cuando ello puede tener consecuencias perjudiciales para terceros, como ocurre en el caso de que una de las partes del contrato sea declarada en concurso.

Aquí se ha producido el vencimiento anticipado del contrato por común acuerdo de las partes, ya que ambas se mostraron de acuerdo con resolver, pero no con sus consecuencias. Por ello llegan a la conclusión, por razones distintas de la Audiencia, de que el crédito es concursal y no contra la masa.

IV.- Acciones rescisorias

IV.- Rescisión de la junta que acuerda pago de dividendos y del abono mismo de éstos

La **STS 24 julio 2014, de la que es ponente** Ignacio Sancho Gargallo, afronta una interesante cuestión hasta ahora inédita en nuestro derecho concursal. Se trata de la posibilidad de atacar por vía rescisoria concursal acuerdos de la sociedad concursada que disponen el pago de dividendos a los socios en periodo sospechoso. Los hechos son los siguientes:

1.- Construcciones Castellón SA (Concasa) fue declarada en concurso en noviembre de 2004 por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sta. Cruz de Tenerife.

2.- En Junta General celebrada el 28 de junio de 2002, se aprueban las cuentas del ejercicio 2001, y se dispone un reparto de dividendos de 859.323,41 €, correspondiendo 284.248,99 euros a favor de Margara, S.A.; 206.409,48 euros a favor de Menuce, S.L., 309.184,56 euros a favor de Ñabe S.L.; y 95.480,38 euros a favor de Roque.

3.- De los dividendos que correspondían a Ñabe S.L. el 29 de enero de 2003 la sociedad le paga 90.000 euros, el 5 de febrero de 2003, 120.000 euros, y el 6 de febrero de 2003, 30.050,61 euros. La suma 69.133,95 euros, en vez de cobrarla fue compensada, el 27 de octubre de 2004, con una deuda que tenía con la sociedad.

4.- De los dividendos que correspondían a Menuce, S.A. el 7 de marzo de 2003 cobró 100.000 euros, y el resto, 106.409,48 euros, el día 2 de abril de 2004.

5.- En Junta General ordinaria de 24 de junio de 2003 se aprueban las cuentas del ejercicio 2002, reparto de dividendos de 300.000 euros, que debían distribuirse entre los socios del siguiente modo: 86.666,67 euros a favor de Margara, S.A., 72.060 euros a favor de Menuce, S.L., 107.940 euros a favor de Ñabe S.L., y 33.333,33 euros a favor de Roque.

6.- Tanto Margara, S.A., como Menuce, S.L. recibieron las cantidades que les correspondían, 86.666,67 euros y 72.060 euros, respectivamente. Ñabe S.L. no llegó a cobrar los 107.940 euros que le correspondían, porque este crédito se compensó con una deuda que tenía con la sociedad. Roque tampoco cobró los 33.333,33 euros que le correspondían, porque se compensó con una deuda que tenía con la sociedad.

7.- A principios de 2003, Concasa acumulaba importantes pérdidas, en concreto en el mes de enero 956.277,39 euros, que fueron aumentando en los meses sucesivos: 1.187.131,14 euros en marzo, 2.170.757,11 euros en abril; 2.275.122,63 euros en mayo; y 2.588.698,03 euros en junio.

8.- La Administración Concursal instó la rescisión de las juntas que acordaban los dividendos y los acuerdos de reparto de los mismos. El juzgado estima la demanda, rescinde los acuerdos de reparto de dividendos de junio de 2003 y condena a los socios a reintegrar los pagos recibidos. También rescinde los pagos hechos por compensación a los socios. La Audiencia desestima el recurso.

9.- **SEGUNDO INCIDENTE CONCURSAL.**- También analiza la sentencia un segundo incidente concursal en el que la AC solicita la rescisión de la remuneración del Administrador Social, que recibió en 2003 110.956,08 € y en 2004 55.478,04 €.

10.- El art. 30.13 de los estatutos de Concasa, bajo la rúbrica "retribución", prevé: "corresponderá a los administradores una participación en las ganancias del diez por ciento (10%), deducida de los beneficios líquidos y después de estar cubiertas las atenciones de la reserva legal y de la estatutaria, y de haberse reconocido a los accionistas un dividendo del cuatro por ciento (4%), o del tipo más alto que los estatutos puedan legalmente establecer".

11.- En 2003 y 2004 los resultados de la sociedad arrojaron pérdidas.

12.- El juzgado estima la rescisoria, y la Audiencia desestima el recurso, considerando que ni está justificada la percepción de la retribución ni corresponde a servicios prestado a la sociedad por el administrador social.

Cuestiones discutidas:

1.- Rescisión de la retribución del administrador social

El administrador social sostiene que ha realizado tareas para la sociedad más allá de las puramente administrativas, y además todos los socios lo conocieron y consintieron.

El Tribunal Supremo comparte el criterio de los inferiores: si la remuneración del administrador está supeditada estatutariamente a que haya ganancias, habiendo habido pérdidas en los dos ejercicios controvertidos, 2003 y 2004, el pago fue indebido.

En cuanto a los trabajos realizados al margen de la representación, el Tribunal Supremo ratifica el criterio de la instancia de que no constan otros que los propios de quien forma parte de un órgano de administración, recordando la jurisprudencia que ha elaborado al respecto en STS 25 junio 2013 y las que allí cita.

No aprecia tampoco actos propios de los socios, porque éstos no pueden afectar a terceros, los acreedores.

Para que pueda aplicarse el art. 71 LC no hace falta que se acredite que el acto rescindido haya agravado o generado la insolvencia.

El pago al Administrador Social no constituye un acto ordinario de la actividad de la compañía, que para quedar excluido de la rescisión debe ser un acto "normal". La remuneración de los administradores, supeditado estatutariamente a la obtención de beneficios y en función de los mismos, no forma parte de la actividad empresarial de la sociedad. No constituye ningún acto propio de su giro y tráfico, ni puede considerarse consustancialmente ligado de forma ordinaria a su desarrollo. Ni ha sido realizado en condiciones normales, cuando no han existido ganancias y, por lo tanto, se han pagado apartándose de la previsión estatutaria que lo justificaba.

2.- La rescisión del acuerdo de reparto de dividendos en junta en periodo sospechoso

Se argumenta que el acuerdo de reparto de dividendos en 2002 era válido y eficaz. No hay perjuicio para la masa, pues cuando se adopta, la sociedad no está en situación económica comprometida, ya que hubieron 1.254.686,01 € de beneficio, se

destinaron 954.686,01 a dividendos y otros 300.000 € a reservas. Además se acuerda en junio 2002 cuando el concurso se declara en noviembre de 2004, fuera del plazo sospechoso, razón por la que la sentencia sólo rescinde el pago hecho por la sociedad con posterioridad.

El Tribunal Supremo distingue los casos. Analiza en primer lugar la rescisión del acuerdo de reparto de dividendos de 2003, que sí está en período sospechoso. Dice que ese acuerdo tiene contenido patrimonial, que supone un sacrificio para la sociedad, y por lo tanto, es rescindible si no está justificado. Asegura que cabe apreciar perjuicio en el acuerdo de distribución de dividendos "irregular", porque se apoya total o parcialmente en beneficios netos inexistentes, o porque no se han respetado las normas legales y estatutarias sobre reservas o la previsión del art. 213 TRLSA, que se corresponde con el actual art. 273 LSC.

También cabría apreciar el perjuicio en otras hipótesis: aunque formalmente se cumplieran todas las previsiones legales y estatutarias, y aunque en el balance de las cuentas hubiera beneficios, una situación de pérdidas sobrevenidas significativas en los primeros meses del ejercicio, que produzca un drástico deterioro de la situación patrimonial de la sociedad, de modo que su patrimonio neto ya no alcance la cifra del capital social o no lo haga como consecuencia del reparto de beneficios, o bien devendría en estado de insolvencia, justifica la rescisión. Y en el caso que se analiza la sentencia declara probado que la sociedad en realidad se hallaba en situación de pérdidas.

Reitera la doctrina de que el art. 71 no exige que el acto rescindido genere o agrave la insolvencia: solo es preciso que se realice en el periodo sospechoso y perjudique a la masa.

El efecto es que los socios pierden el derecho a percibir el dividendo, o deben reintegrarlo si se les entregó. No son obstáculos los arts. 217 LSA hoy 278 LSC, que obliga a la sociedad a acreditar que quien percibiera dividendos irregulares conocía de tal situación, puesto que el precepto concursal es una acción propia, basada en el dato objetivo del perjuicio, excluyendo el art. 71 LC cualquier elemento subjetivo.

3.- Acuerdo de reparto de dividendos fuera del periodo sospechoso

El acuerdo de reparto de dividendos de la junta de 28 de junio de 2002, no fue rescindido. Pero sí fueron rescindidos los pagos hechos por la sociedad a los socios para hacer efectivo dicho acuerdo, cuando estaban comprendidos en el periodo de dos años anterior a la declaración de concurso.

Dice el Tribunal Supremo que estos son “pagos debidos”. En periodo sospechoso, vencido y exigible, goza por regla general de justificación y no constituye perjuicio para la masa. Pero pueden concurrir circunstancias especiales, como la situación de insolvencia al hacerse efectivo, la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, la naturaleza del crédito o la condición del acreedor, que priven de justificación esos pagos por alterar la par condicio creditorum.

Esos pagos son actos jurídicos distintos del acuerdo de reparto de dividendos. Son actos jurídicos de disposición, y pueden verse afectados por la rescisoria concursal.

La sentencia de instancia señala que los pagos se hicieron a personas especialmente relacionadas con el deudor (las sociedades Ñabe y Menuce tenían más del 10 % del capital social de la concursada), y cuando la sociedad comenzaba a padecer pérdidas, según dictamen pericial. Con esos datos, la naturaleza del crédito (dividendos) y la existencia de pérdidas encubiertas, concluye que la rescisión se acomoda a las previsiones legales, convirtiendo el pago en injustificado, por muy debido que fuera.

Finalmente señala que conforme al art. 72 LC, que señala los efectos de la rescisión, lo procedente es la restitución del dividendo, pero ello no acarrea la de reintegrar las aportaciones sociales a los socios privados del dividendo.

V.- Conclusión concurso

V.1.- Interpretación del importe del crédito laboral

En la STS 2 julio 2014, ponencia de Sebastián Sastre Papiol, se analizan los siguientes hechos:

1.- En el concurso de Sigrafu S.L., seguido ante el Juzgado de lo Mercantil de Donostia / San Sebastián, la Administración Concursal comunicó la insuficiencia de bienes para continuar la tramitación, lo que suponía la aplicación del art. 172 bis LC.

2.- Efectuadas las operaciones correspondientes, el Fondo de Garantía Salarial presenta incidente concursal solicitando al amparo de los arts. 176 bis 2.1º y 2º LC que se abonara la cantidad de 2.192 € por salario de 30 últimos días, reconocidos por la AC y pendiente de pago, y otros 34.634,57 €, por indemnizaciones reconocidas en el concurso que suponen el triple del SMI, además de la parte en que se subrogó. Argumenta que el art. 176 bis 2 debe ser interpretado calculándose los salarios por un lado y las indemnizaciones por otro.

3.- La AC argumenta que la LC coloca en segundo lugar en el art. 176 bis 2 el pago de salarios e indemnizaciones, entendidos, ambos conceptos, como un conjunto salarial, con un tope que viene cuantificado por la cantidad que resulte de multiplicar el número de días de salarios pendientes de pago por el triple del salario mínimo interprofesional, de acuerdo con la literalidad del precepto.

4.- El Juzgado Mercantil nº 1 de San Sebastián acoge la interpretación de la AC, atendiendo el art. 3.1 CCv. Dice que el art. 176 bis 2.2º LC establece normas referidas a criterios de origen laboral, integrados por salarios e indemnizaciones, por una parte, y un límite cuantitativo al importe acumulado de estos créditos, lo que literalmente parece no tiene dificultad de interpretación, teniendo en cuenta que es un supuesto especial, la conclusión del concurso por insolvencia de masa activa, que trata de ser equitativo, dentro de una prelación de créditos, de modo que protege al trabajador pero no olvida otros perjudicados.

5.- FOGASA recurre en apelación y la Secc. 2ª de la AP Gipuzkoa estima el recurso, pues entiende que el nuevo art. 176 bis fija un orden de preferencia. En el número 2º, a la hora de cuantificar dichos créditos laborales, la norma obliga a hacerlo diferenciando los salarios pendientes de pago y las indemnizaciones por extinción de los contratos,

puesto que para calcular la cuantía de los créditos por salarios y por indemnizaciones, con los correspondientes topes, debe distinguirse entre créditos por salarios y créditos por indemnizaciones, del mismo modo en que los distingue el art. 91.1 LC en el caso de créditos concursales.

Cuestiones tratadas:

1.- La AC recurre en casación la decisión de la Audiencia Provincial planteando la cuestión hermenéutica que se ha expuesto. Para resolver parte el TS de que cuando la masa es insuficiente deja de aplicarse la regla del vencimiento prevista en el art. 154.2 LC antes y ahora el 84.3 LC. El art. 176 bis establece un nuevo orden de pagos.

2.- En ese orden el apartado 2 habla de salarios e indemnizaciones. Para el recurrente son el mismo concepto, sin que pueda acudir al art. 91.1 LC, como hace la audiencia, para distinguirlos.

3.- Dice el TS que la Ley 38/2010, en caso de previsión de que la masa sea suficiente aunque coyunturalmente no ocurra así, acota la facultad conferida por el art. 84.3 a la AC de alterar la regla del pago al respectivo vencimiento, pues obliga, por un lado, a pagar los salarios de los 30 últimos días de forma inmediata, y por otro, impide afectar los créditos de los trabajadores.

4.- En el caso del art. 176 bis 2 LC literalmente podría parecer que el límite del triple del SMI afecta a ambos conceptos, salarios e indemnizaciones. Pero no es así porque origen y finalidad de ambos créditos laborales son distintos. El salarial supone percibir la retribución acreditada de unos servicios prestados en el periodo en que dejaron de abonarse los salarios; el segundo, las indemnizaciones, suponen la compensación económica por la pérdida del puesto de trabajo. Tratarlos conjuntamente llevaría a soluciones completamente desfavorables para el trabajador, como advierte la sentencia recurrida, que señaló que si la empresa hubiera abonado todos los salarios por la actividad profesional del art. 84.2.5º no habría derecho a indemnización porque no cabría aplicar el tope del triple del SMI para los salarios ni las indemnizaciones.

Añade que el art. 84.2.5º LC hace expresa referencia a las indemnizaciones, créditos que se entienden comunicados y reconocidos por la propia resolución que las adopte, lo que supone que el crédito por indemnizaciones por resolución de contratos merece una mención específica distinta de la de los salarios. Tal distinción, aunque referida a créditos concursales, aparece diáfana en el art. 91.1 LC, al calificar la naturaleza privilegiada de los créditos laborales distinguiendo los salarios de las indemnizaciones.

5.- Por todo ello la sentencia concluye que los créditos por salarios e indemnizaciones, a que se refiere el art. 176.bis.2.2º LC deben integrarse como dos categorías autónomas e independientes, sin que proceda aplicar el límite cuantitativo para su pago como si fuera un solo crédito, y, consecuentemente, el límite ha de aplicarse a cada categoría por separado.
