



- 3.- efectividad, al crearse una cuenta de garantía arancelaria que garantice el cobro de un mínimo de honorarios en los concursos sin masa o con insuficiencia de masa;
- 4.- eficiencia, al hacerse depender el devengo de los honorarios y su abono de la calidad de las funciones realmente desarrolladas.

**(iv)** Se ordena la máxima publicidad para las resoluciones que fijen y/o modifiquen la retribución de los administradores, siendo público su acceso a través de la página web del Registro Público Concursal.

Este primer nivel legislativo, que deriva de las reformas de la Ley 17/2014 y de la Ley 25/2015, no se encuentra en vigor, en cuanto sus disposiciones transitorias condicionan la misma a la aprobación del futuro Reglamento que regule el Estatuto de la Administración Concursal, lo que -más de tres años después- no se ha producido por decisión del Gobierno de la Nación.

● Un segundo hito legislativo viene representado por la **Disposición transitoria 3<sup>a</sup> de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de Mecanismo de la Segunda Oportunidad** que, pretendiendo falsamente fijar normas de derecho inter-temporal, introduce una serie de cambios en el actual arancel aprobado por Real Decreto 1860/2004, siendo los más importantes:

**(i)** Se limita el porcentaje máximo de incremento de la base retributiva que surja de la aplicación de los arts. 4 y 5, de tal modo que cada uno de los supuestos del art. 6 permitirán elevar hasta en un 5% aquella base pero el porcentaje global de incremento no podrá ser superior al 15% para concursos de medio tamaño ni del 25% para concursos de gran tamaño; y respetando los límites del 4% del activo o el 1.500.000.-€ del art. 34.bis.b) L.Co.

Noten lo absurdo de dicha regulación pues reconociendo de entrada que la ausencia de un nuevo Reglamento de Estatuto de la administración concursal se pretende que de presente, sin esperar a su aprobación:

- 1.- la retribución del administrador se limite en sus incrementos por complejidad atendiendo a la calificación de los concursos en pequeños, medianos y grandes [¡¡¡Oh...no hay norma legal que nos diga qué son...!!!], y
- 2.- se aplique, de presente, el límite de la cantidad menor entre el 4% del activo o la cantidad de 1.500.000.-€, cuando la Ley 17/2014 ordena que dicho límite no entre en vigor en tanto no se apruebe el nuevo Estatuto del administrador concursal.

Podría sostenerse que el Legislador de 2015 ha pretendido la entrada en vigor de parte de la nueva redacción del art. 34 L.Co., especialmente en lo relativo al principio de la limitación; pero como dichos límites resultan de aplicación a un arancel que tenga en cuenta el tamaño pequeño, mediano o grande del concurso, la aplicación parcial y anticipada de una parte de la reforma de 2014 lleva a situaciones inaceptables por irracionales, pues uno de los límites retributivos se fija atendiendo con exclusividad al activo [-que podría ser muy reducido-] y desconoce la extensión, complejidad y ubicación del pasivo [-que podría ser muy elevado, jurídica y económicamente litigioso y situado en lugares alejados y/o distintos países-].

(ii) Se introducen nuevos límites en la retribución de la fase de liquidación, fijando un máximo de 12 meses prorrogables por el juez, de modo motivado, por períodos de 3 meses hasta un máximo de 6 meses.

Como saben, al no tratarse de una auténtica norma transitoria su interpretación y aplicación está determinando distintos criterios jurisprudenciales, de tal modo que junto a Resoluciones que entienden inaplicables dichos límites a los procesos concursales en trámite en los que ya se hubiera fijado la retribución y abierto la fase de

liquidación [SAP\_MALLORCA\_23.3.2017; SAP\_GUIPÚZCOA\_10.7.2017], otros pronunciamientos entienden aplicables dichos límites temporales de devengo desde su entrada en vigor aunque se encuentre abierta la fase de liquidación [SJM\_SANTANDER\_7.12.2016].

● El tercer hito legislativo es la nueva redacción del art. 34.ter L.Co. dada por la **Disposición final 5<sup>a</sup>.Dos, de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público**, con entrada en vigor el día 3.10.2016, cuyas novedades son:

(i) se mejora la redacción de los arts. 34.ter y art. 34.quáter L.Co. sobre la cuenta de garantía arancelaria introducida por Ley 25/2015 en lo relativo al régimen de gestión de dicha cuenta y el control de la dotación;

(ii) no se fija un periodo transitorio ni normas de derecho inter-temporal para la aplicación de la cuenta de garantía arancelaria, señalando la Disposición Transitoria 4<sup>a</sup> el régimen transitorio de los pagos con cargo a la masa; con lo que transitoriamente dota de contenido a la previsión del art. 34.quáter.5 L.Co. sobre un futuro reglamento;

(iii) que, al menos desde el 3.10.2016 parece existir un deber legal de dotar la cuenta, aunque la falta de previsión reglamentaria y su desarrollo informático hacen de imposible cumplimiento lo dispuesto en el art. 34.quáter L.Co..

● Junto a éste derecho positivo no vigente, el Legislador y el Gobierno en su afán de acumular normas sin eficacia alguna, ha aprobado la **Propuesta de Real Decreto Legislativo de 6.3.2017 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Concursal**, cuyos arts. 84 a 93 regulan la retribución de la administración concursal en idénticos términos que los actualmente recogidos en los arts. 34 a 34.quáter; pero incluso -hecho improbable- en el supuesto de que entrase en vigor dicho Texto Refundido, la D.F.2<sup>a</sup> la citada regulación sigue condicionada a que se apruebe y entre

en vigor el Reglamento del Estatuto de la Administración Concursal; por lo que si ello ocurre tampoco desaparecerán las dudas sobre la vivencia y el alcance de las parciales normas adelantadas en su eficacia por el cauce del denominado "*régimen transitorio*", antes indicadas.

### **B.- A nivel reglamentario.**

El día 15.7.2015 vio la luz el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla el Estatuto de la Administración Concursal, elaborado por los Ministerios de Economía y de Justicia, y que si alguna vez entra en vigor supondrá la derogación del Real Decreto 1860/2004 por que se aprueba el actual arancel.

Dicho proyecto dedica su Capítulo III -arts. 14 a 37- a la regulación del régimen retributivo del administrador concursal, del auxiliar delegado y del mediador concursal, distribuidos en 8 secciones. De un modo sucinto [-pues de normativa en proyecto se trata-] pueden señalarse como elementos más relevantes:

**(i)** Se parte de un sistema semejante al actual, por lo que será un arancel fijo sobre activo y pasivo el que determine la base retributiva, sobre la que se aplicarán correcciones al alza:

1.- suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, con efectos retributivos desde el auto del art. 21 L.Co. o art. 40 L.Co.;

2.- relevante discrepancia entre la relación de bienes y/o de acreedores presentadas por el deudor respecto a los textos definitivos elaborados por el administrador;

3.- por especial complejidad derivada de a.-) un elevado número de acreedores, b.-) de bienes y derechos de gran valor (>10.000.000.-€) fuera del territorio nacional, c.-) por adopción de medidas colectivas laborales, d.-) por más de 10 establecimientos o en más de 3 provincias, e.-) por existir valores cotizados en mercados secundarios o f.-) por tratarse de entidad de crédito o de seguros;

como a la baja:

1.- cesación o suspensión de la actividad empresarial o profesional, con distribución proporcional en supuestos parciales;

2.- por razón de la total o parcial ineficiencia del administrador por causa de <sup>a.-)</sup> incumplimiento por el administrador de los deberes de comunicación con los acreedores; de <sup>b.-)</sup> incumplimiento por el administrador de los plazos previstos para cumplir con sus obligaciones; y <sup>c.-)</sup> numerosas impugnaciones de los listados provisionales de inventario y de relación de acreedores, dando así cabida al

**(ii)** Se modifican los plazos temporales de cobro de los honorarios y el devengo [-lo que tendrá relevancia en supuestos de insuficiencia de masa-] de los generados por la fase común, de tal modo que frente al actual devengo y abono [-si la tesorería y el imperativo orden del art. 84.3 L.Co. lo permite-] del 50% de los honorarios de la fase común al tiempo de la aprobación provisional de la retribución y del 50% en los 5 días siguientes al Auto de finalización de la fase común, la futura redacción fija el pago del 25% de los honorarios de la fase común al tiempo de la fijación provisional de honorarios, otro 25% al tiempo de la emisión del informe del art. 75 L.Co. y el pago del 50% restante dentro de los 5 días siguientes al dictado del Auto poniendo fin a la fase común;

**(iii)** se reduce el porcentaje de retribución de la fase de convenio, de tal modo que frente al 10% mensual del importe de la base retributiva se fija el importe del 5%, con devengo a mes vencido; fijando un premio para favorecer la salida convencional del concurso que se cifra en el 0,5% del inventario definitivo;

**(iv)** se altera radicalmente la retribución de la fase de liquidación, de tal modo que frente al actual sistema transitorio del 10% de la base retributiva en los 6 primeros meses y del 5% en los siguientes 6 meses [-prorrogables hasta un máximo total de otras 6 mensualidades-], el futuro sistema distingue:

1.- por la elaboración del plan de liquidación se abonará el 5% de la base retributiva, con un tope de 3.000.-€ [-debe entenderse sin IVA-]; de lo que resulta que desde el Auto abriendo la fase de liquidación hasta el Auto aprobando el plan no podrá cobrarse cantidad distinta de la indicada;

2.- por las operaciones de liquidación, se fija un importe de honorarios solo referido al importe del inventario definitivo, reduciéndose el porcentaje según la duración de las operaciones, de tal modo que si el administrador finaliza las operaciones y presenta el informe del art. 152.2 L.Co.:

a.-) en el plazo de 3 meses, en cuyo caso sus honorarios por las operaciones de liquidación será del 2% del importe del inventario [-no del 2% mensual, sino del 2% del inventario por dichas operaciones-];

b.-) en el plazo de 6 meses, en cuyo caso los honorarios para dicho plazo temporal serán del 1,5% del valor del inventario;

c.-) en el plazo de 12 meses, en cuyo caso el porcentaje será del 1% del valor del inventario definitivo;

(v) la retribución de la fase de liquidación también aparece sujeta a supuestos de eficiencia, de tal modo que puede ser objeto de incremento [-venta de unidad productiva o por importes que permitan a los acreedores una tasa de recuperación cercana al 70%-] o de disminución [-incumplimientos y demoras-];

(vi) se fija el momento temporal del devengo de las retribuciones de la fase de liquidación, de tal modo que los honorarios por elaborar el plan se devengan cuando éste sea puesto de manifiesto en Secretaría, y los honorarios por las operaciones liquidativas se abonarán:

1.- si la liquidación se finalizó en 3 meses al presentar el informe del art. 152.2 L.Co.;

2.- en cada informe trimestral se abonará a cuenta un 0,25% del valor del inventario;

3.- si finalizó a los 6 meses, al presentar el informe del art. 152.2 L.Co.;

4.- si finalizó a los 12 meses al presentar dicho informe;

(vii) se regulan normas específicas:

1.- para la fijación de reglas retributivas en materia de liquidación de concursos abreviados [-del 2% si la liquidación se completa en los 3 primeros meses y del 1% si la liquidación se completa en el cuarto mes-];

2.- para los supuestos de incrementos netos de la masa [-no teóricos o simplemente reconocidos en sentencia-] por acciones de reintegración o de calificación;

3.- para los supuestos de muerte o separación del administrador.

## **II.- Honorarios del administrador concursal en supuestos de insuficiencia de masa.**

### **A.- Orden de pago de los honorarios en insuficiencia de masa.**

Así descrita la situación legislativa y reglamentaria actual en la fijación y devengo de los honorarios de la administración concursal, la cuestión que más intensamente está siendo analizada por la jurisprudencia más reciente es la relativa a qué honorarios de la administración pueden considerarse imprescindibles a los efectos de su pre-deducción.

La intensidad de éste debate, como es sabido, deriva de una previa decisión jurisprudencial relativa al orden de pago de los honorarios de la administración concursal por sus actuaciones profesionales en fase común y en fase de liquidación previa, conforme a la cual la retribución de la administración concursal debe encuadrarse en el nº 5 del art. 176.bis.2 L.Co., de tal modo que sólo serán abonables de modo previo al pago ordenado de los créditos-masa del citado precepto los considerados "*imprescindibles*" para concluir la liquidación.

Sabido es que tal cuestión generó una profusa jurisprudencia contradictoria con tesis contrapuestas [-resumida extensamente en **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3ª, de 25.5.2015 [ROJ: SAP VA 526/2015-]**, cuales son:

- (i) una primera tesis sostuvo que como los honorarios del administrador concursal no se mencionan expresamente en los números del apartado 2º del art. 176.bis L.Co. los honorarios y gastos por actuaciones liquidativas imprescindibles deben abonarse al final de la prelación junto con los del nº 5;
- (ii) una segunda tesis estimaba que los gastos y honorarios por actuaciones imprescindibles del administrador concursal deben abonarse anticipadamente a todos los números del apartado 2º;
- (iii) una tercera tesis sostenía que los gastos y honorarios devengados antes de la comunicación de insuficiencia de masa se abonarían junto con los del nº 3 del apartado 2º, siendo que los posteriores gastos y honorarios tras la comunicación e imprescindibles devengados hasta la solicitud de conclusión del apartado 3º se abonarían de modo preferente a los demás números;
- (iv) una cuarta tesis, semejante a la anterior, diferencia igualmente los gastos y honorarios devengados antes y después de la comunicación de créditos, si bien difiere al estimar que los ya devengados se abonarán bajo el ordinal nº 5 del apartado 2º.

Frente a tales tesis interpretativas el Tribunal Supremo (-por todas, **Sentencia de 8.6.2016 [ROJ: STS 2635/2016-] y de 6.4.2017 [ROJ: STS 1388/23017-]**-) ha venido fijando las siguientes ideas:

- (i) los honorarios de la administración concursal no pueden considerarse costas y gastos del concurso del nº 4 del apartado 2º del art. 176.bis L.Co.; aunque sí tendrán esa cualidad los gastos de justicia generados por la actuación del administrador

dentro del concurso o en procesos separados, por lo que los honorarios de abogados o de peritos en incidentes concursales sí tendrán dicha condición;

(ii) que los honorarios por sus actuaciones profesionales dentro del concurso, en sus distintas fases, deben incluirse dentro del concepto "...*demás créditos contra la masa...*" del nº 5 del apartado 2º del art. 176.bis L.Co.; por lo que se abonarán a prorrata tras el abono -en su caso- de los números precedentes y créditos prioritarios;

(iii) que es la comunicación de insuficiencia, no la propia falta de bienes para pagar los créditos-masa, la que determina la aplicación del orden de pagos del art. 176.bis L.Co., excluyendo el exclusivo orden del devengo del art. 84.3 L.Co.;

(iv) que producida dicha comunicación el nuevo orden de pagos se aplica a todos los créditos-masa que se encuentren vencidos y sean exigibles e impagados, anteriores y posteriores a la comunicación; con la sola excepción de los créditos ya reclamados judicialmente en ejercicio de acción del art. 84.4 L.Co. que sí deberán abonarse por su orden de vencimiento;

(v) que de modo previo al ordenado pago en el orden dispuesto tras la comunicación de insuficiencia, el administrador concursal puede detraer los importes derivados de créditos que resulten imprescindibles para concluir la liquidación;

(vi) que los honorarios de la administración concursal pueden tener el carácter de prededucibles, pero sólo cuando sean imprescindibles y una vez realizada la comunicación [STS\_1ª\_6.4.2017] de insuficiencia; siendo carga procesal del administrador el identificar y cuantificar dichos honorarios, en cuanto afirma la citada Resolución que "...*Con carácter general, debemos rechazar que todos los honorarios de la administración concursal tengan esta consideración de gastos pre-deductibles. Y no podemos negar que la administración concursal haya podido realizar actuaciones «estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago», que merezcan esta condición de gastos pre-*

*deducibles. En última instancia no tiene sentido que la administración concursal deba correr con los costes de las actuaciones imprescindibles para que otros puedan cobrar. Pero, como afirmamos en la sentencia 390/2016, de 8 de junio , le corresponde a la administración concursal indicar cuáles fueron esas actuaciones y su cuantificación, para que pueda ser valorado por el juez la atribución de esta condición de gastos pre-deducibles.*

*En este caso, la administración no ha especificado qué actuaciones suyas, durante la fase de liquidación, fueron «estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago», ni por qué importe, para que el tribunal pudiera valorar el carácter pre-deducible del gasto...».*

Pues bien, llegados a este punto la cuestión a resolver es qué puede entenderse por imprescindible para concluir la liquidación y cuál debe ser el cauce contradictorio para fijar que conceptos y qué importes pueden tener -en el caso concreto- dicha condición.

## **B.- Concepto de "imprescindibilidad" y cauce procesal.**

### **1.- Gastos, tributos y honorarios imprescindibles.**

En el examen de tales cuestiones debe partirse, por su novedad, de la **Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 2.10.2017 [ROJ: STS 3474/2017]**, que con cita de la doctrina recogida en Sentencia de 6.4.2017, analiza el pago como imprescindibles y pre-deducibles de créditos anteriores y posteriores a la comunicación derivados de créditos por honorarios de la administración concursal, así como por gastos de asesoría laboral y fiscal, por la llevanza de la contabilidad, presentación de impuestos y confección de nóminas y presentación de cuentas anuales.

La sentencia de instancia y de apelación sostenían que tales gastos aparecen unidos necesariamente a las operaciones de liquidación y que su pago está justificado por el interés del concurso y por su carácter imprescindible para concluir la liquidación.

La verdad es que de la lectura de la sentencia no resulta un claro pronunciamiento del T.S. sobre el carácter imprescindible de dichos conceptos, pues apreciando que el recurso de casación solo discutía el orden de pago de los créditos-masa y no el carácter imprescindible de aquellos gastos, no entra a valorar tal cuestión.

Más concreta resulta la **Sentencia del Tribunal Supremo, ya citada, de 6.4.2017** en la que se analiza el pago como imprescindibles de 3 mensualidades de honorarios de liquidación de la administración concursal devengados tras crédito-masa de la TGSS sin que exista comunicación de insuficiencia; concluyendo el Alto Tribunal que dicha ausencia de comunicación hace que no resulte invocable el carácter imprescindible de los honorarios.

Dejando la doctrina emanada del Tribunal Supremo, los tribunales de instancia han venido fijando distintas posiciones -aquí la variedad es absoluta-:

**a.-)** el Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo en Auto de 11.4.2016 reconoció como crédito imprescindible los honorarios del A.C. determinados conforme al arancel para la liquidación devengados entre la comunicación de insuficiencia y la solicitud de conclusión del art. 176.bis.3 L.Co. producidas durante la fase común, por lo que incluyó no solo los absolutamente imprescindibles;

**b.-)** el Juzgado Mercantil nº 1 de Córdoba en Auto de 16.3.2017, en la misma dirección, ha razonado que la distinción entre actuación o gasto liquidativo imprescindible y los que no resulta muy complejo, en cuanto exigiría individualizar cada actuación y cada gestión del administrador; por lo que opta por hacer aplicación del arancel haciendo uso de la discrecionalidad fijada por el Tribunal Supremo para apreciar dicha calidad.

**c.-)** el Juzgado Mercantil nº 2 de Coruña de 14.3.2017 afirma que el A.C. es un auxiliar imprescindible del concurso, especialmente en la fase de realización de

bienes y derechos para satisfacer a los acreedores, entendiendo necesarias todas las actuaciones desde el inicio de la fase de liquidación hasta la conclusión del concurso;

**d.-)** sin salir de Galicia el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Coruña de 17.1.2017 opta por una determinación de los honorarios imprescindibles mediante el señalamiento de una cantidad a tanto alzado por los trámites registrales de conclusión del concurso y pago a los acreedores;

**e.-)** el Juzgado Mercantil nº 2 de Pontevedra de 27.6.2017 también hace aplicación de los criterios de cuantificación del arancel para la fase de liquidación, si bien limita su aplicación al número de meses en que se desarrollan las operaciones imprescindibles de liquidación tras la comunicación; en igual sentido Auto del Juzgado Mercantil nº 2 de Valencia de 27.4.2017.

**f.-)** para finalizar esta escueta exposición de los distintos criterios que se van decantando por los tribunales de instancia, creo necesario hacer referencia a la **sentencia del Juzgado Mercantil nº 6 de Madrid de 11.10.2017**, en la cual se plantearon distintas cuestiones:

- (i)** el cauce procesal para determinar el carácter imprescindible de los honorarios y gastos unidos a la liquidación;
- (ii)** el carácter necesario e imprescindible de los gastos, honorarios, pagos y tributos unidos a la liquidación;
- (iii)** el carácter necesario e imprescindible de los honorarios de la administración devengados durante la fase común.

Las conclusiones prácticas a las que se llega dicha Resolución pueden resumirse así:

**(i)** Los gastos **notariales y registrales por actos y contratos necesarios para la transmisión del dominio en liquidación concursal** y posteriores a la comunicación serán prededucibles; como también lo serán los aranceles y honorarios notariales y registrales derivados del levantamiento de cargas; pero no lo serán los gastos y

aranceles derivados del levantamiento de las propias anotaciones e inscripciones procesales derivadas del concurso en cuanto incluidas en el nº 4 del art. 176.bis L.Co.;

- (ii) No serán pre-deductibles los gastos, aranceles y honorarios notariales y registrales por actos y negocios jurídicos de transmisión del dominio anteriores a la comunicación de insuficiencia**, en cuanto la pre-deducción incorpora un elemento temporal cual es que lo sean para concluir la liquidación desde la comunicación de insuficiencia en adelante; todos los demás acreedores contra la masa por créditos unidos a la liquidación, incluidos el A.C. el Notario y el Registrador han de acudir a la comunidad de pérdidas que la insuficiencia genera;
- (iii) Los tributos e impuestos que gravan la transmisión**, caso de ser asumidos por la concursada, serán pre-deductibles si la transmisión se perfecciona y el devengo se produce tras la comunicación.

Ello determina una grave consecuencia en cuanto la ausencia de numerario o valor de venta bastante para cubrir tales tributos hará que dicha realización sea generadora de créditos predeductibles no seguro impago, lo que exigirá la no realización de la transmisión y la inejecución de la misma por cuanto la diligencia exigible al administrador concursal/liquidador le exige no permitir el devengo de créditos preferentes y predeductibles de seguro y cierto impago.

El bien quedará vacante y sin realizar, finalizando el concurso por sus trámites, tal como autoriza el art. 176.bis.3.I L.Co. y obligaciones "*propter rem*".

- (iv) Los tributos que gravan la mera propiedad de inmuebles (I.B.I.) y las obligaciones "*propter rem*" unidas a la propiedad** (cuotas de comunidad, derramas, gastos de conservación, etc.) no resultan pre-deductibles, en cuanto que transmitiéndose por ministerio de la Ley al comprador será este quien asuma su pago en detrimento del precio.

Por ello, para el caso de que los mismos no sean asumidos por el adquirente y se pacte que sean abonados por el concursado, lo deberán ser de modo prededucible y preferente para que tengan su contrapartida en el precio, tanto se hayan devengado antes como después de la comunicación de insuficiencia.

**(v)** En cuanto a los **gastos de conservación, de mantenimiento y de custodia de los bienes y derechos de la concursada**, parece que deben separarse temporalmente de modo idéntico al anteriormente sostenido, de tal modo que los posteriores a la comunicación serán pre-deducibles y los anteriores serán abonados a prorrata junto a los demás créditos contra la masa [nº 5 del art. 176.bis.2 L.Co.].

Podría plantearse qué tratamiento atribuir a los **gastos útiles** [art. 453.2 C.Civil] en cuanto suponen un desembolso que se traduce en una mejora o beneficio del valor del bien. Dado que los mismos no se fundamentan en la necesidad y resultan prescindibles, parece razonable no atribuirles [-sea cual fuera el momento de su devengo post-concursal-] preferencia alguna por deducción previa, salvo las indicadas legalmente en su orden de pagos.

**(vi)** Por iguales razones debe ser incluido en el concepto de preferencia de pago los **gastos de asistencia Letrada y representación procesal de la concursada en los procesos iniciados con posterioridad a la comunicación de insuficiencia** con la finalidad de permitir la finalización de las operaciones de liquidación.

Debe indicarse que una cosa es reconocer su carácter pre-deducible y otra distinta es la cuantía a reconocer por resultar imprescindible, para lo cual deberá estarse al real trabajo y dedicación y complejidad, fuera de las normas orientadoras de los Ilustres Colegios de Abogados; siendo el exceso reconocido y abonado por el orden que corresponda.

**(vii)** La cuestión más compleja en la aplicación de la preferencia de cobro antes insuficiencia de masa es la relativa a los **honorarios de la administración**

**concursal**; debiendo distinguirse [-a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo antes transcrita-] entre los devengados e impagados antes de la comunicación de insuficiencia y los devengados con posterioridad; y dentro de éstos posteriores según sean imprescindibles o no, en cuando solo los éstos últimos estarán dotados de preferente abono a los demás.

Si los gastos y tributos que gozan de preferencia se caracterizan por estar indisolublemente unidos al bien o al negocio jurídico que los trasmite tras la comunicación, igual presupuesto y exigencia debe trasladarse a la materia de honorarios de la administración concursal; por lo que **ni los honorarios de la fase común ni los de las fases de convenio o liquidación regular pueden incluirse en la preferencia analizada**, al faltar a los mismos su trazón o conexión con las operaciones de liquidación posteriores a la comunicación.

Cierto es que para comprender la situación y valor de la masa activa, su estado y contenido, no puede desconocerse la labor profesional y jurídica realizada por la administración concursal en sus fases común y de convenio y liquidación, la actividad técnica desarrollada en la tramitación de las medidas colectivas laborales, la transmisión de unidades productivas y el ejercicio de acciones de reintegración; pero siendo ello cierto parece que es voluntad de la Ley que tal esfuerzo personal, profesional y técnico [-caso de estar adeudado-] quede sin recibir honorarios, atribuyendo a tales créditos impagados el mismo tratamiento que a los demás acreedores contra la masa pendientes de pago.

Dicho de otro modo, por ministerio de la Ley el administrador concursal se integra por sus honorarios impagados antes de la comunicación del art. 176.bis.2 L.Co. en la comunidad de pérdidas que la insuficiencia de masa genera; si bien el administrador [-como contrapartida a la exigencia legal del cumplimiento de su función hasta la total finalización del concurso-] podrá detraer previamente de la masa todos los gastos y tributos que la enajenación de los bienes generen, los gastos

de conservación y custodia, y recibir unos honorarios ajustados a dichas labores finales de liquidación realizadas tras la comunicación de insuficiencia.

Y tal conclusión debe extenderse al derecho de honorarios derivado del ejercicio exitoso de **acciones de reintegración** [-en nuestro caso ya finalizadas por sentencia firme antes de la comunicación de insuficiencia-], en cuanto se trata de créditos devengados fuera de las operaciones de liquidación posteriores a aquélla.

También es cierto que aparece como de justicia y equidad el retribuir al profesional que con su actividad y correcto desempeño de su función acrecienta la masa en beneficio de los acreedores; pero no es tal la decisión de la norma examinada en cuanto que producida la quiebra del concurso otorga a todos los acreedores-masa idéntico tratamiento, impidiendo -eso sí- que la finalización de las operaciones de liquidación tengan que ser abonadas por cuenta del administrador concursal y de que éste reciba una justa retribución por las operaciones precisas para finalizar la liquidación.

Establecida la preferencia de cobro de honorarios por actuaciones profesionales posteriores a la comunicación y unidas por vínculos de necesidad a las operaciones liquidativas, surge la compleja cuestión de **valorar y cuantificar dichas actuaciones, para lo cual no puede acudirse al arancel aprobado por Real Decreto 1860/2004.**

Tal norma retributiva parte en la fijación de los honorarios de la fase de liquidación de los establecidos de modo definitivo en la fase común, y fija sus cuantías atendiendo a las fases del proceso y su avance temporal, no estableciendo como criterio ni las concretas actuaciones [-salvo en materia de reintegración o en algunas retribuciones complementarias-] del administrador concursal, ni a su complejidad.

Dicho de otro modo, durante el primero de los meses de las operaciones de liquidación nace el derecho a percibir el 10% de las retribuciones definitivas de la

fase común, sean cuales fuera la intensidad, la necesidad o el directo o reflejo enlace de las actuaciones del administrador con la liquidación concursal y el avance de las mismas.

Por otro lado aquellas retribuciones tienen en cuenta para su determinación tanto el montante del pasivo como del activo, mientras que las actuaciones a retribuir al administrador concursal solo se desplegarán respecto del activo mediante su conversión en numerario.

Aún más, es perfectamente posible que al tiempo de la comunicación de insuficiencia no exista Resolución judicial fijando la retribución definitiva, lo que haría inaplicable la eventual aplicación de las normas del arancel de administradores concursales.

Frente a ello, la legal exigencia de que solo se retribuyan de modo preferentes las actuaciones liquidativas posteriores a la comunicación, sin las cuales la liquidación no podría avanzar desde el estado en que se encontraba al tiempo de la comunicación de insuficiencia hasta la terminación de las operaciones de liquidación, obliga a atender como criterio retributivo a las concretas actuaciones realizadas por la administración concursal para las concretas medidas liquidativas y cauces de realización; lo que eleva la dificultad de la cuantificación de los honorarios al deber atenderse a las horas de dedicación, complejidad de las operaciones de liquidación pendientes, su ubicación geográfica, duración y número, etc.

Y para tal cálculo debe resultar indiferente la circunstancia de que el administrador haya cobrado los honorarios de las fases precedentes en todo o en parte, o que las mismas se encuentren impagadas y sujetas al propio art. 176.bis.2 L.Co.

Frente a la tesis que sostiene la aplicación de criterios claros, objetivos y alejados de las particulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto, entendiendo aplicable orientativamente la regla i) de la letra b) del apartado 2 del art. 34 L.Co. [-

esto es el 4% de las cantidades líquidas realizadas por el administrador desde la comunicación crediticia hasta la conclusión de las operaciones de liquidación-], parece más ajustado a la interpretación reiterada del Tribunal Supremo la determinación de los honorarios del administrador concursal mediante la individualizada ponderación de los criterios antes expuestos.

Ello exigirá, en cada uno de los procedimientos que finalicen mediante la declaración de insuficiencia de masa, la iniciación y desarrollo de un procedimiento incidental [-u otro contradictorio revisable en sucesivas instancias-] en que el concretando las actuaciones realizadas, su duración, intensidad, complejidad y ubicación geográfica, determinen parámetros claros para la fijación de honorarios; hecho lo cual [-por Resolución firme-] podrá pasarse a la final rendición de cuentas y conclusión concursal.

## **2.- Cauce procesal.**

Respecto a tal cuestión tres son -básicamente- las tesis sostenidas por los tribunales de la instancia:

**(i)** Una primera viene a entender que realizada la comunicación y concluidas las operaciones de liquidación, el administrador concursal debe proceder a pre-deducir aquéllas cantidades y conceptos que estime imprescindibles para las operaciones de realización por insuficiencia, aplicando el resto a los créditos y orden dispuesto en el citado apartado 2º del art. 176.bis L.Co.; de tal modo que realizados los pagos [-hasta donde lleguen-] contra la masa deberá dar cuenta de sus criterios, acuerdos y decisiones en la rendición final de cuentas del art. 181 L.Co., siendo éste el cauce idóneo para la eventual oposición de las partes a los conceptos e importes preducidos como "*imprescindibles*" y obtener una revisión judicial en primera y sucesivas instancias.

- (ii) Una segunda tesis, a los fines de extraer el debate de la "*imprescindibilidad*" de la propia rendición de cuentas, viene a hacer uso del general trámite de las autorizaciones del art. 188 L.Co., entendiendo que la determinación de los conceptos e importes prededucibles al orden de pagos de créditos-masa en insuficiencia es previo a la propia rendición, evitando con ello además la eventual sanción de inhabilitación al administrador concursal que parcialmente rechazados sus acuerdos o decisiones sobre gastos prededucibles, los cuales pueden estar basados en decisiones razonables pero no compartidas por las partes y el tribunal.
- (iii) Una tercera tesis, por la que opta la administración concursal demandante, viene a sostener que siendo cuestión previa a la rendición la determinación de los conceptos e importes prededucibles por ser imprescindibles a las operaciones liquidativas en insuficiencia de masa, la misma se configura como un objeto sustantivo autónomo que puede configurar un incidente concursal.

Así expuestos los distintos cauces que vienen siendo utilizados por los tribunales, parece que el más idóneo [-por completo y garantista-] es el señalado para el incidente concursal.

En efecto, realizada la comunicación de insuficiencia del art. 176.bis L.Co. la conversión de bienes en dinero y su ordenado pago es deber legal del órgano de administración concursal, de tal modo que fijado por la norma la actividad del administrador baste que se acomode a dicho orden; del que dará cuenta al final de los pagos.

Ahora bien, los "...créditos *imprescindibles para concluir la liquidación...*" no son créditos-masa a satisfacer en el orden legal, sino gastos, honorarios, tributos y demás desembolsos realizados previamente durante las operaciones de liquidación por insuficiencia, y que darán lugar a un numerario ya sí a repartir por el orden legal del citado precepto.

Resulta de ello que la norma introduce un *concepto jurídico autónomo*, previo al imperativo orden de pagos de los créditos-masa, que minorarán los mismos al descontarse previamente, que puede y debe discutirse con todas las garantías de acceso a los recursos a través de un incidente concursal; y ello de modo previo a la propia rendición de cuentas sobre el ordenado pago de los créditos-masa y de sus importes, que sí constituye materia propia de la rendición.

Si a ello sumamos que la tramitación del incidente concursal determinará la finalización de la cuestión controvertida por sentencia apelable, resultará que tanto la determinación de los gastos y créditos imprescindibles como la propia rendición de cuentas tendrán idéntico acceso a los recursos, evitando así que cuestiones previas a la rendición no puedan ser revisadas por la Superioridad [-lo que acaece de acudir al cauce del art. 188 L.Co.-] y la propia rendición de cuentas sí lo pueda ser.

---