



Roj: **AJM C 14/2020 - ECLI: ES:JMC:2020:14A**

Id Cendoj: **15030470012020200002**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2020**

Nº de Recurso: **770/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Concurso ordinario**

Ponente: **NURIA FACHAL NOGUER**

Tipo de Resolución: **Auto**

XDO. DO MERCANTIL N. 1 DE A CORUÑA

C/CAPITAN JUAN VARELA, S/N, 2ª PLANTA - A CORUÑA - (EDIFICIO ANTIGUA AUDIENCIA PROVINCIAL)

Teléfono: 981182166 **Fax:** 981182134

Correo electrónico:

Equipo/usuario: MC

Modelo: S40010

N.I.G.: 15030 47 1 2019 0001078

S2A SECCION II ADMINISTRACION CONCURSAL 0000770 /2019-c

Procedimiento origen: CNO CONCURSO ORDINARIO 0000770 /2019

Sobre CONCURSOS VOLUNTARIOS

D/ña. NORTEMPO ETT SL, BANKIA , DEUTSCHE BANK S.A.E , MECANIZADOS ANTON SL , IBERCAJA BANCO S.A.U , Piedad , ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A , Marino , Mateo , Maximino , FOGASA FO.GA.SA , T.G.S.S, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA CIG , ALDAITURRIAGA SA , BANKINTER S.A , AEAT A CORUÑA AEAT A CORUÑA , GANDROY MARTI , NORTEMPO ETT SL NORTEMPO ETT SL , INDUSTRIAL MULTICOLOR EQUIPOS INDUSTRIAL MULTICOLOR EQUIPOS Y HERRAMIENTAS SL , XESGALICIA SOCIEDAD GESTORA DE ENTIDADES XESGALICIA SOCIEDAD GESTORA DE ENTIDADES , Jose Luis , IBERAVAL S.G.R IBERAVAL S.G.R , IBERDROLA CLIENTES S.A.U IBERDROLA CLIENTES S.A.U , CAIXABANK SA. CAIXABANK SA , BANCO DE SABADELL BANCO DE SABADELL , Carla Carla , Juan Ramón Juan Ramón , Crescencia , GECOTOP SERVICIOS INTEGRALES SL GECOTOP SERVICIOS INTEGRALES SL , ABOGADO DEL ESTADO (CDTI) ABOGADO DEL ESTADO (CDTI) , FERROVIAL AGROMAN S.A FERROVIAL AGROMAN S.A , INSTITUTO GALEGO DE PROMOCION ECONOMICA - IGAPE- INSTITUTO GALEGO DE PROMOCIÓN ECONOMICA - IGAPE- , MECANIZADOS ANTON SL MECANIZADOS ANTON SL , CODISOL S.A CODISOL S.A , Alexis Alexis , EXCMA. DIPUTACION PROVINCIAL DE A CORUÑA

Procurador/a Sr/a. MARTA MARIA REY FERNANDEZ, JOAQUIN MARIA JAÑEZ RAMOS , BEGOÑA ALEJANDRA MILLAN IRIBARREN , JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO , RAMON UÑA PIÑEIRO , , MARIA ALONSO LOIS , , , , , ISABEL MARIA CASTIÑEIRAS FANDIÑO , MARIA SOLEDAD SANCHEZ SILVA ,, MARIA DEL CARMEN MARTI RIVAS , MARTA MARIA REY FERNANDEZ , INMACULADA GRAIÑO ORDOÑEZ , ELENA DE MIRANDA OSSET ,, FERNANDO TORIBIOS FUENTES , BEGOÑA ALEJANDRA MILLAN IRIBARREN , VANESSA MARIA ASTRAY VARELA , CARMEN BELO GONZALEZ , , , , JUAN CARLOS BREA SANCHEZ ,, JOSE MANUEL LADO FERNANDEZ ,, JOSE ANTONIO CASTRO BUGALLO , MARIA YOLANDA ALVAREZ CASTRO

, ,

Abogado/a Sr/a. , , , , , PATRICIA LAGE VARELA , PATRICIA FERNANDEZ VAZQUEZ , PATRICIA LAGE VARELA , PATRICIA LAGE VARELA , PATRICIA LAGE VARELA , LETRADO DE FOGASA , LETRADO DE LA TESORERIA DE



LA SEGURIDAD SOCIAL , MARIA DEL MAR GARCIA POMBO , , , LETRADO DE LA AGENCIA TRIBUTARIA , , , , ,
PATRICIA LAGE VARELA , , , , , PATRICIA LAGE VARELA , PATRICIA LAGE VARELA , PATRICIA LAGE VARELA ,
CINTIA PICADO COSTA , ABOGADO DEL ESTADO , , LETRADO DE LA COMUNIDAD , , , PATRICIA LAGE VARELA ,
LETRADO DIPUTACION PROVINCIAL

DEUDOR D/ña. ELABORADOS METALICOS EMESA, S.L.

Procurador/a Sr/a. JUAN ANTONIO GARRIDO PARDO

Abogado/a Sr/a. JOSE MARIA ABELLA RUBIO

A U T O

Juez/Magistrado-Juez

Sr./a: NURIA FACHAL NOGUER.

En A CORUÑA, a tres de marzo de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El día 30 de enero de 2020 la AC de ELABORADOS METÁLICOS EMESA S.L.U. solicitó que se dictase resolución por la que se considerasen como créditos imprescindibles para concluir la liquidación los siguientes:

*???? Gastos de por suplidos del procurador por razón de su intervención en el concurso

*???? Gastos de custodia de los bienes

*???? Mantenimiento temporal de un trabajador: gasto salarial y de seguridad social

*???? Suministros básicos y combustible del grupo electrógeno

*???? Gastos de auditoría

*???? Seguros

*???? 50 % de honorarios de fase común y honorarios de la fase de liquidación por doce meses de liquidación

*???? Gastos de asesoría fiscal-contable de la compañía y de asesoría laboral

Por Diligencia de Ordenación de fecha 6 de febrero de 2020 se acordó dar traslado a las partes sobre la solicitud de reconocimiento de gastos imprescindibles para concluir la liquidación para que formularan alegaciones por plazo de diez días.

A continuación quedaron las actuaciones pendientes de resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- LOS CRÉDITOS IMPRESCINDIBLES PARA CONCLUIR LA LIQUIDACIÓN COMO CRÉDITOS PRE-DEDUCIBLES

En lo que respecta al pago de créditos contra la masa, la Ley Concursal distingue en función de que la masa activa sea o no suficiente para el pago de la totalidad de los créditos contra la masa. El artículo 84.3 LC establece que "*los créditos del número 1.º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social*".

Ahora bien, el criterio del vencimiento se altera en los supuestos de insuficiencia de masa activa, pues en tal caso prevé el artículo 176 bis, apartado 2, LC :

" *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:

- 1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.
- 2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.
- 3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.
- 4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso. 5.º Los demás créditos contra la masa".

El artículo 176 bis, apartado 2, LC establece el orden de pago de los créditos contra la masa que habrá de seguirse en los supuestos de insuficiencia de masa activa. El precepto obliga a la Administración Concursal a comunicar al Juzgado la insuficiencia de masa, tan pronto como le conste esta circunstancia, y " 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 [...]**".

La STS nº 390/2016, de 8 de junio, [RJ 2016/2341], reflexiona sobre la falta de concreción de la categoría de "créditos imprescindibles para concluir la liquidación", por lo que considera que "el art. 176 bis 2 LC establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de **imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa** . Por ello, a falta de identificación legal expresa, **resulta exigible que sea 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. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible".

La reciente STS de 12 de septiembre de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100467), si bien reconoce que la Audiencia erró en la interpretación sobre la aplicación del orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa establecido en el artículo 176 bis, apartado 2, LC (en aquel supuesto no se había producido comunicación de insuficiencia de masa, por lo que debió aplicarse el criterio del vencimiento), a continuación efectúa la siguiente matización en cuanto a la alteración del orden legal de prelación en el pago de los créditos contra la masa en que incurrió el administrador concursal:

"Con arreglo al art. 84.3 LC , el criterio para determinar la prelación en el pago de los créditos contra la masa es el orden de vencimiento, sin perjuicio de las excepciones que hemos establecido en otras ocasiones. Así, por ejemplo, en la sentencia 225/2017, de 6 de abril , hacíamos referencia a los "gastos imprescindibles para la realización de las operaciones de liquidación y pago, y por ello pre-deducibles", cuyo pago estaba justificado fuera realizado con preferencia a otros créditos contra la masa de vencimiento anterior.

Hemos de partir de la anterior doctrina para juzgar en el caso concreto si se respetó el orden de vencimiento y, en los casos en que no fuera así, si estaba justificado el pago por tratarse de pagos pre-deducibles, en la medida en que fueran imprescindibles para la realización de las operaciones de liquidación y pago.

En el marco de esta doctrina, concurren en el presente caso dos circunstancias que nos impiden juzgar la improcedencia de los pagos controvertidos: la primera, que como la TGSS no aporta una reseña detallada de los vencimientos de sus créditos, no es posible juzgar cuales eran anteriores y cuales posteriores; y la segunda, que el recurso de apelación de la TGSS no impugnó la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia, detallada y justificada, del carácter imprescindible para las operaciones de liquidación de los pagos cuestionados".

En este supuesto, el Alto Tribunal considera que el administrador concursal especificó cuáles eran los créditos con los que se correspondían los pagos reseñados en los dos informes trimestrales de liquidación y justificó su pago preferente en que eran necesarios para la continuidad del concurso. A su vez, el juez del concurso admitió que pudieran realizarse pagos de créditos contra la masa que no respetaran el orden del vencimiento, cuando fuera necesario para preservar la masa activa y, en general, cuando lo justificaran los intereses del concurso en atención a criterios de oportunidad. La anuencia tácita de la TGSS con la decisión relativa al carácter de imprescindibles de determinados créditos provoca que respecto de ellos no resulte de aplicación, en el caso sometido a la consideración de la Sala, el criterio del vencimiento.

En términos similares, la STS de 13 de septiembre de 2017 (Id Cendoj: 28079110012017100475) advierte de que la aquiescencia del titular del crédito contra la masa con la decisión de postergación motivada por el



carácter imprescindible del crédito conlleva la imposibilidad de introducir en un momento ulterior la cuestión de la indebida postergación de créditos de vencimiento anterior: la Sala advierte de que -como ya dijo en la Sentencia 225/2017, de 6 de abril- " *aunque resulte de aplicación el orden de prelación del art. 84.3 LC , puede haber gastos pre-deducibles cuyo pago no tiene porqué respetar la preferencia de otros créditos de vencimiento anterior, como sucede en este caso con el segundo de los créditos discutidos*".

La Sala Primera admite en las resoluciones comentadas que es posible que se abonen determinados créditos con el carácter de pre-deducibles, incluso en un escenario en el que no exista insuficiencia de masa activa.

SEGUNDO.- LA CONCRECIÓN DE LA FRACCIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMO CRÉDITO PRE-DEDUCIBLE EN EL AUTO DEL ARTÍCULO 188 LC

En el escenario apuntado -insuficiencia de masa activa para atender el pago de los créditos contra la masa-, la cuestión que mayor polémica entraña es la referida a la determinación de la parte de los honorarios de la administración concursal que podrá satisfacerse como pago pre-deducible, con preferencia absoluta a los créditos enumerados en el artículo 176 bis, apartado 2, LC ; precisamente ha sido la compleja conceptualización general de los " *créditos imprescindibles para concluir la liquidación*" la que ha conducido al Alto Tribunal a exigir en su Sentencia de 8 de junio de 2016 una previa justificación del carácter imprescindible de las gestiones acometidas por el Administrador Concursal para que -previa audiencia de las partes- pueda el juez del concurso resolver por la vía del artículo 188.2 LC qué parte de los derechos arancelarios de la Administración Concursal posteriores a la comunicación del artículo 176 bis LC obedece a actuaciones " *estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago*".

Los Juzgados de lo Mercantil han resuelto de forma muy diversa -tras el dictado de la STS de 8 de junio de 2016- la fijación de la parte de la retribución de la Administración Concursal que pueden ser reconducida a la categoría de " *créditos indispensables para concluir la liquidación*": en esta resolución la Sala se refiere únicamente a los que " *son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago*", por lo que se exige un juicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, tanto de las actuaciones realizadas como de los importes, a fin de que el juez del concurso pueda resolver con mayor criterio qué honorarios podrán ser satisfechos como pago pre-deducible. Previamente al dictado de la STS de 8 de junio de 2016 un sector doctrinal autorizado proponía que se incluyesen dentro de la categoría de " *créditos indispensables para concluir la liquidación*" los honorarios de la AC que se imputen a las operaciones de liquidación.

Ya con anterioridad al pronunciamiento de la Sala Primera, la SAP de Pontevedra de 26 de febrero de 2016, [AC 2016/322], atendió a un criterio lógico y finalista de interpretación a fin de resolver qué actuaciones del administrador concursal podrían ser consideradas imprescindibles para proceder al pago de los créditos contra la masa por el orden legal:

" *Por ello entendíamos que resultaba 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 previo al del resto de créditos de la masa por el orden legal*".

En opinión del Tribunal, los honorarios devengados desde la comunicación de posible insuficiencia de masa hasta el informe final se incluirían en el concepto de créditos necesarios para concluir la liquidación.

Cabe reseñar que la insuficiencia de la masa para cubrir los gastos del concurso constituye " *un mal casi endémico*" de los procedimientos concursales en nuestro país (MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, 2017, pág. 684), por lo que las expectativas de cobro de la AC dependerán en buena medida de su diligencia en la constatación de la situación de la masa activa, en un necesario juicio de correlación con los créditos contra la masa ya generados y, sobre todo, de previsible generación. Por ello, estas circunstancias -fecha y estado del concurso en el momento de constatación y comunicación por el administrador concursal de la insuficiencia de masa activa- tendrá indudable trascendencia en la porción de honorarios de la administración concursal que podrá conceptuarse como " *crédito imprescindible para concluir la liquidación*".

A este respecto, la SJM nº 1 de Oviedo de 11 de abril de 2016, [JUR 2016/75092], considera que la alteración del orden de pagos de los créditos contra la masa tanto puede jugar en un escenario de propia liquidación como de fase común o, incluso, de convenio , por lo que procede subsumir dentro de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación " *los devengados por honorarios de la administración concursal (por cualquier concepto, no sólo los propiamente liquidatorios) entre la comunicación del art. 176.bis 2 y la presentación del informe de conclusión del art. 176 bis. 3, pues resulta evidente que sin el trabajo -remunerado- de la administración concursal en la decantación de la masa activa, en el reconocimiento de créditos contra la masa y en la conservación y venta de los activos tras la redacción de un plan de liquidación, etc., resultaría imposible llevar a término el concurso*".



Compartimos el parecer de MUÑOZ PAREDES, quien matiza que el criterio plasmado en la STS de 8 de junio de 2016 no significa que sólo se retribuyan los honorarios de la liquidación, " *pues la reducción a metálico de los bienes y derechos de la concursada puede producirse en fase común y las operaciones de pago no son exclusivas de la fase de liquidación*" (MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, ob. cit., 2ª Edición, pág. 695).

No existe un criterio unívoco que permita concretar la categoría de " *gastos imprescindibles para concluir la liquidación*" ni, por ende, existe una base objetiva sobre la que sea posible predeterminar el cálculo de la porción de honorarios de la Administración Concursal que podrá satisfacerse con tal carácter. De este modo, pueden barajarse diversos criterios para su concreción, si bien debe advertirse el riesgo que entraña la fijación de una suma que concreta el juez del concurso de forma discrecional: esta opción podría buscar apoyo en un criterio de prudencia, pero genera un evidente riesgo de inseguridad jurídica, al tiempo que engendra un peligro cierto de tratamiento desigual para supuestos equivalentes.

Además, el tratamiento radicalmente diverso que ha recibido la retribución de la administración concursal por parte de los Juzgados de lo Mercantil ante la solicitud de fijación de gastos imprescindibles para concluir la liquidación pone de manifiesto la imperiosa necesidad de acudir a bases objetivas de cálculo, puesto que ante solicitudes de contenidos prácticamente coincidentes pueden recibirse respuestas judiciales antagónicas. Así, puede ocurrir que ante la solicitud de fijación de los honorarios que podrán ser satisfechos como imprescindibles, el juez del concurso opte por establecer una cifra cuantificada de manera discrecional por la realización de actuaciones liquidatorias concretas, que puede oscilar entre la cantidad de 50 y 300 euros (AAJM nº 1 de A Coruña de 3 de enero de 2017 y 17 de enero de 2017), por la exigencia de una justificación individualizada y cumplida para cada actuación que se reputa imprescindible (SAP de Salamanca nº 458/2017, de 17 de octubre), por la atribución del carácter de imprescindible a todos los honorarios que corresponda percibir a la administración concursal según el Real Decreto 1860/2004 a causa de su intervención en la fase de liquidación y desde que se efectuó la comunicación de insuficiencia de masa activa (AJM nº 2 de Pontevedra de 27 de junio de 2017, [Roj: AJM PO 39/2017] y AJM nº 2 de Pontevedra, de fecha 16 de noviembre de 2017), o por reconocer tal carácter a todos los honorarios correspondientes a la fase de liquidación (AJM nº 1 de Córdoba de 16 de marzo de 2017 y AJM nº 2 de A Coruña - refuerzo- de 14 de marzo de 2017); todo ello sin olvidar la existencia de posturas intermedias, que se decantan por relacionar el importe de los honorarios que podrán ser abonados como pre-deducibles con su cálculo en función de un determinado número de mensualidades y de la cantidad que habría de percibir el administrador concursal para cada una de ellas según el Real Decreto 1860/2004 (AAJM nº 2 de Valencia de 25 y 27 de abril de 2017, AJM nº 2 de Málaga de 20 de enero de 2017 y AJM nº 2 de A Coruña de 24 de noviembre de 2017).

Tampoco deben olvidarse dos cuestiones que parecen esenciales a fin de resolver la cuestión analizada. La primera de ellas, el debate terminológico suscitado entre lo que es "necesario" e "imprescindible" para así incardinar una parte de la retribución de la AC en la categoría de pre-deducible; en segundo lugar, la catalogación de la administración concursal como " *órgano especialmente llamado a realizar las tareas de liquidación del concurso, hasta su finalización, sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución*", según la propia STS de 8 de junio de 2016.

La Sala Primera, en las resoluciones *ut supra* comentadas, ha reconocido la posibilidad de que los honorarios de la AC puedan incardinarse en la categoría de gastos imprescindibles, por lo que habrán de abonarse como pre-deducibles -incluso en un escenario en el que no exista insuficiencia de masa activa-.

No debe perderse de vista que los créditos por honorarios de la AC retribuyen el desempeño de una función profesional que ha de ser dignamente retribuida sobre la base de criterios tales como la objetividad, la transparencia y la proporcionalidad. Tampoco debe olvidarse que sin la participación e intervención de la administración concursal la tramitación del concurso devendría imposible " *técnica y jurídicamente*". Ello debe conducir a descartar el criterio mantenido por determinados órganos judiciales a la hora de cuantificar la porción de la retribución de la AC que puede satisfacerse como pre-deducible en atención a parámetros dotados de una subjetividad excesiva, alejada del rigor y de la seguridad jurídica que ofrece una cuantificación sobre las bases objetivas que siempre han inspirado al legislador, de las que es buena prueba el Real Decreto 1860/2004.

Así lo reconoce la SAP de A Coruña nº 353/2017, de fecha 25 de octubre, cuando afirma que la dificultad estriba en que, en cuanto al trabajo de la AC, no existen referencias arancelarias para calcular el valor actualizado de determinadas actuaciones o servicios (a salvo la regla referente al cálculo de la retribución adicional por el ejercicio con éxito de acciones rescisorias); por ello el Tribunal propone que " *para salvarla cabe partir de las normas arancelarias sobre retribución de la administración concursal de la fase de liquidación (10 % de la de la fase común durante los seis primeros meses y 5 % los seis siguientes) pero proyectándolas sobre las actuaciones imprescindibles efectivamente realizadas y el tiempo y dedicación que normalmente es preciso invertir en llevarlas a cabo*". El Tribunal discrepa del criterio expresado en la Sentencia de instancia y considera



que las cantidades percibidas por la AC en concepto de gastos pre-deducibles -calculadas sobre un tope equivalente a la retribución que habría de percibir por doce meses de liquidación- se acomodan a la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 8 de junio de 2016 y encajan perfectamente en la categoría de créditos imprescindibles para concluir la liquidación.

Por tanto, a falta de unos parámetros normativos que garanticen, en escenarios de insuficiencia de masa, un tratamiento igualitario de la retribución que efectivamente percibirá el administrador concursal por el desempeño del cargo, la concreción de la parte de esta retribución que podrá subsumirse en la categoría de " *créditos imprescindibles para concluir la liquidación*" debería responder a bases más o menos objetivas y transparentes.

A esta problemática alude certeramente el AJM nº 1 de Córdoba de 16 de marzo de 2017, que concluye que el total de los honorarios de la AC fijados en el Real Decreto 1860/2004 para la fase de liquidación son imprescindibles:

*" Este titular no acierta a entender como puede, repito, individualizarse gestiones profesionales como las que lleva a cabo la AC en esta sede del concurso, con un **riesgo además de una absoluta falta de uniformidad indeseable** donde lo que en Córdoba es imprescindible, en Bilbao no lo sea por ejemplo. La opción sería fijar como imprescindible un porcentaje de la retribución, pero ello tampoco estaría analizando actuaciones singulares como indica el TS en su resolución. Lo que si parece dejar claro el TS es que la labor de fijación de lo que es y no es imprescindible **se deja en mano de la discrecionalidad (que no arbitrariedad) del Juez del concurso dado que la norma no ha fijado las concretas actuaciones imprescindibles**, quizás, y esta pueda ser otra interpretación de la norma, es que no se ha querido hacer porque no era la intención del legislador, recordemos que el art. 33 de la LECO dispone un amplísimo catálogo de actuaciones de la AC, ergo cuando el legislador ha querido fijar específicamente un catálogo similar lo ha hecho".*

Con todo, no puede desconocerse que cualquiera que sea el criterio por el que nos decantemos, existirá un amplio a la discrecionalidad del juez del concurso -que no equivale a arbitrariedad-, sobre quien recae la decisión última de dar a todo o parte de los honorarios de la administración concursal el carácter de pre-deducibles, pues es el Auto que se dicte por la vía del artículo 188 LC el que decidirá el encaje que ha de conferirse a la retribución del administrador; obvia decir que, en el escenario de insuficiencia de masa, esta resolución del juez del concurso implicará para el administrador concursal que se materialicen sus expectativas de cobro (si se integran todo o parte de sus honorarios en la categoría de créditos imprescindibles) o bien que aquellas posibilidades se frustren, ya que la negativa a conceder el carácter de pre-deducibles a los honorarios conllevará su subsunción en la categoría de restantes créditos contra la masa del artículo 176 bis, apartado 2, nº 5, LC .

Por los motivos expuestos, se considera que el criterio que favorece en mayor medida la objetividad y que satisface mínimamente las expectativas de cobro del administrador concursal, como " *órgano imprescindible del concurso*", es el consistente en atender a un determinado número de mensualidades, de tal modo que la parte de la retribución que ha de reputarse imprescindible deberá calcularse sobre la base del Real Decreto 1860/2004, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, si se justifica cumplidamente que se han llevado a cabo en ese lapso operaciones necesarias para " *obtener numerario y gestionar la liquidación y pago*" que es, en definitiva, el criterio expresado por la Sala Primera. Todo ello sin desconocer que la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa puede tener lugar en la fase común (artículo 43 LC) y que ya en esta fase del concurso la administración concursal acomete actuaciones imprescindibles para la liquidación de la masa activa, por lo que su retribución correspondiente a esta fase también podrá tener el carácter de pre-deducible, como posteriormente se analizará.

Éste ha sido el criterio seguido por la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, aunque no con total uniformidad, pues algunos Juzgados han atribuido el carácter de imprescindibles a todos los honorarios que corresponden a la administración concursal en la fase de liquidación -tanto anteriores como posteriores a la comunicación de insuficiencia de masa- y otros han atendido a un número concreto de mensualidades a partir de la comunicación del artículo 176 bis, apartado 2, LC .

Al tenor de lo expuesto, procede reconocer a la retribución de la AC el carácter de imprescindible, dado que se ha justificado que por su parte se han acometido actuaciones encaminadas a facilitar la liquidación de la masa activa, siendo justo reconocer el papel que desempeña la administración concursal para llevar a buen término el procedimiento concursal. Al tiempo, su intervención resulta indispensable durante el desarrollo de las operaciones necesarias para " *obtener numerario y gestionar la liquidación y pago*".

La modulación de la porción de la retribución a la que se concede este carácter de pre-deducible se hará concediendo este carácter a la retribución que corresponda percibir a la AC por doce mensualidades de la fase de liquidación, en los términos solicitados.



No procede reconocer el carácter de pre-deducible al 50 % de la retribución correspondiente a la fase común del concurso, tal y como se ha solicitado por la AC.

Esta juzgadora ha reconocido tal carácter a la retribución que habrá de percibir la administración concursal por su intervención en la fase común del concurso -AJM nº 2 de Pontevedra de 16 de noviembre de 2017-, sobre la base de la realización en esta fase de actuaciones imprescindibles para concluir la liquidación, ya que la conclusión del concurso no es factible sin la conformación de la masa activa y pasiva, que constituye una labor encomendada a la AC a la que se refiere de modo expreso el artículo 33 en las letras d) y e) LC cuando enumera profusamente las funciones encomendadas al administrador concursal.

En este caso, debe tenerse en cuenta que en fecha 5 de febrero de este año se solicitó el nombramiento de experto independiente y se indicó en el escrito presentado que la finalidad era la siguiente: " *elaboración del inventario definitivo de los bienes de la concursada, que se realizará comprobando el listado facilitado por la compañía y realizando cuantas visitas sean necesarias a las instalaciones de la misma; así como ii) la elaboración de un informe de valoración de los activos que resulten de la documentación del inventario*". En suma, se incluyó dentro de la propuesta efectuada para el nombramiento de experto independiente la elaboración del inventario definitivo de bienes, que es precisamente una de las funciones encomendadas a la administración concursal, que se considera especialmente relevante conectada con la posterior ejecución de actuaciones encaminadas a la realización de los activos para la obtención de numerario y pago a los acreedores.

El artículo 83 LC, tras la modificación operada por el Real Decreto-Ley nº 3/2009, de 27 de marzo, establece en su apartado 3º que el pago de los honorarios derivados del asesoramiento por parte de experto independiente se hará **con cargo a la retribución de la administración concursal**. En la redacción original, se disponía el abono de estos honorarios con cargo a la masa, por lo que la adición del apartado 3º supuso una disminución por vía indirecta de la retribución de la administración concursal, al hacer recaer sobre sus honorarios costes que, en esencia, son propios del concurso, pues el asesoramiento de estos expertos tiene como finalidad la estimación de los valores de bienes o derechos o el examen de la viabilidad de determinadas acciones judiciales. Ahora bien, la modificación operada a fin de que fuese la administración concursal la obligada a sufragar los costes de la intervención de estos profesionales ha hecho que su designación se haya convertido en anecdótica, lo que ha provocado el sinsentido de la norma (ALONSO ESPINOSA, F.J., *Comentario a la Ley Concursal*, PULGAR EZQUERRA, J., (Dir.), Wolters Kluwer, pág. 1094).

Compartimos las críticas acerca de falta de operativa del precepto, fruto de la repercusión que tiene la designación del experto sobre la retribución que percibirá la administración concursal por su intervención en el concurso. Nuevamente, como ocurría con el coste de los informes de valoración del artículo 94.5 LC, se aprecia cierta incoherencia en la redacción del artículo 83, apartado 3, TRLC, pues si la finalidad de la designación del experto es maximizar el valor de la masa activa y optimizar las posibilidades de cobro de los acreedores en el concurso, no parece que esta pretensión se compadezca bien con una previsión legal que obliga a sufragar los honorarios de aquellos expertos a quien interviene en el concurso en virtud de una designación judicial y no como titular de un crédito integrado en la masa pasiva.

Ahora bien, la norma es clara en su dicción y obedece a una finalidad inequívoca, como es la de aligerar los costes del concurso. Probablemente se pretende que el recurso a este tipo de profesionales sea adecuadamente ponderado por la AC, en función de las circunstancias del caso, para optar por el nombramiento del experto sólo cuando sea absolutamente indispensable y necesario.

Por ello, cuando el Auto de este Juzgado, dictado en fecha 7 de febrero de 2020, resolvió accediendo al nombramiento del experto independiente que solicitó la AC e impuso el pago de sus honorarios " **con cargo a la masa** ", contravino el artículo 83, apartado 3, LC. Con esta decisión, se impone el pago con cargo a la masa activa de unos honorarios profesionales que el legislador ha querido de modo expreso que se abonen con cargo a la retribución de la administración concursal. Además, tal y como se ha indicado, en este caso la solicitud de designación del experto independiente se conectaba con la tarea de decantación de la masa activa, función que expresamente se atribuye a la AC, y que se retribuye precisamente con los honorarios correspondientes a la fase común.

En atención a estas particulares circunstancias, no puede reconocerse el carácter de crédito imprescindible al 50 % de la retribución de la fase común. Ahora bien, es innegable la complejidad ínsita al presente concurso, así como la ejecución de otras tareas y funciones que se retribuyen como parte de los honorarios de la fase común, que sí se acometerán por la AC y que merecen su abono con la nota de la pre-deducibilidad. En atención a la justificación suministrada en este extremo por parte de la AC en su escrito de 30 de enero de 2020, se entiende proporcionado y razonable reconocer el carácter de "crédito imprescindible para concluir la liquidación" al 20 % de los honorarios de la fase común.



TERCERO.- INCLUSIÓN DE OTROS HONORARIOS PROFESIONALES EN LA CATEGORÍA DE " GASTOS IMPRESCINDIBLES PARA CONCLUIR LA LIQUIDACIÓN"

La inconcreción de la categoría de créditos imprescindibles exigirá que sea la AC la que en cada supuesto justifique en qué medida determinados gastos tienen el carácter de indispensables para obtener numerario y gestionar la liquidación y pago. En todo caso, como advierte MUÑOZ PAREDES (*Protocolo Concursal*, ob. cit., 2ª Edición, págs. 692-693), parece claro que deben incluirse aquellos sin cuyo abono la liquidación no podría llevarse a efecto, tales como comisiones de la agencia inmobiliaria que se ocupa de gestionar ventas, los honorarios de entidad especializada y los gastos notariales o registrales para su formalización; se incluirán también todos los créditos para una mejor liquidación de la masa activa.

De las partidas a las que se refiere el escrito presentado por la AC, habrá de reconocerse el carácter de " *gastos imprescindibles*", en el sentido de indispensables para obtener numerario y gestionar la liquidación y pago, a los siguientes:

- * Gastos de vigilancia y custodia de bienes, mantenimiento, tales como suministros de electricidad -incluido combustible del grupo electrógeno- y seguros
- * Gastos registrales por mandamientos de cancelación de cargas o anotaciones en el Registro Mercantil, notariales y de liquidación de los contratos necesarios para la transmisión de activos a terceros
- * Gastos salariales y de seguridad social por el mantenimiento temporal de un trabajador en la plantilla
- * Gastos de por suplidos del procurador por razón de su intervención en el concurso

Dos de las partidas que se solicitan no pueden ser reconocidas como crédito imprescindible:

Gastos de auditoría: en modo alguno cabe considerar que este gasto se encuentre conectado con la realización de las actuaciones encaminadas a la obtención de numerario y gestión de liquidación y pago a los acreedores.

Créditos por gastos de asesoría laboral y fiscal-contable:

Se considera justificada y proporcionada su inclusión en el concepto de gastos que han de satisfacerse con el carácter de pre-deducibles, tratándose además de gastos que se vinculan en este caso al mantenimiento de la mínima actividad de la concursada. Ahora bien, la vaguedad de los términos en los que se formula esta solicitud, respecto de la que no se indica ni su coste aproximado, hace que no pueda autorizarse en los términos interesados. Y ello sin perjuicio de que pueda dirigirse una nueva petición al juzgado, que habrá de ser lo suficientemente completa y detallada a fin de que el juzgado pueda conocer cuál es el importe de estos gastos, debidamente desglosados.

DISPONGO

SE ACUERDA fijar como créditos imprescindibles para concluir la liquidación a los efectos del artículo 176 bis, apartado 2, LC los siguientes:

- * Los honorarios que corresponda percibir a la administración concursal por doce meses de liquidación y 20 % de honorarios de la fase común del concurso, calculados conforme a lo establecido en el Real Decreto 1860/2004
- * Gastos de vigilancia y custodia de bienes, mantenimiento, tales como suministros de electricidad -incluido combustible del grupo electrógeno- y seguros
- * Gastos registrales por mandamientos de cancelación de cargas o anotaciones en el Registro Mercantil, notariales y de liquidación de los contratos necesarios para la transmisión de activos a terceros
- * Gastos salariales y de seguridad social por el mantenimiento temporal de un trabajador en la plantilla

Gastos de por suplidos del procurador por razón de su intervención en el concurso

Por lo que respecta a los *gastos de asesoría laboral y fiscal-contable*, la vaguedad de los términos en los que se formula esta solicitud, respecto de la que no se indica ni su coste aproximado, hace que no pueda autorizarse en los términos interesados. Y ello sin perjuicio de que pueda dirigirse una nueva petición al juzgado, que habrá de ser lo suficientemente completa y detallada a fin de que el juzgado pueda conocer cuál es el importe de estos gastos, debidamente desglosados.

Así lo acuerda manda y firma **Nuria Fachal Nogueira**, Magistrada- Juez del Juzgado de lo Mercantil Número Uno de A Coruña.

Modo de Impugnación.-



Contra la presente resolución cabe recurso de **reposición ante este Juzgado**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este juzgado dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución.

Magistrado-Juez Letrado de la A° de Justicia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ