



Roj: **STS 2129/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2129**

Id Cendoj: **28079110012021100354**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/05/2021**

Nº de Recurso: **3453/2018**

Nº de Resolución: **366/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 366/2021**

Fecha de sentencia: 27/05/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3453/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/05/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 3453/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 366/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 27 de mayo de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Ourense, como consecuencia del incidente concursal seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense. El recurso fue interpuesto por la Tesorería General de



la Seguridad Social, representada por la letrada de la Administración de la Seguridad Social. Es parte recurrida la Administración Concursal de Gestima S.L., no personada ante esta sala.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense, contra la entidad Gestima S.L., para que dictase sentencia por la que:

"estimando la presente demanda declare que la AC no tiene derecho a retribución alguna en lo que exceda de los 12 meses siguientes a la apertura de la fase de liquidación".

2. La administradora concursal Leocadia, en representación de la entidad Gestima S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"acuerde desestimar las pretensiones de la actora".

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense dictó sentencia con fecha 28 de abril de 2017 cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda incidental interpuesta por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social actuando en nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la AC de la entidad Gestima S.L. a quien se absuelve de lo pedido.

"Con condena en costas a la TGSS".

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ourense, mediante sentencia de 15 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: No ha lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrado de la administración de la Seguridad Social D.ª Cristina García Estévez, contra la sentencia de fecha 28 de abril de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de los de Ourense, en Pieza Incidenta Concurso Reconocimiento de Créditos nº 1/15 0001, Rollo de apelación nº 472/17, que, en consecuencia, se confirma en sus propios términos, imponiendo al apelante las costas causadas en esta alzada".

### TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso de casación*

1. El letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ourense.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo de los arts. 477.2.3º y 477.3 de la LEC, por infracción de la disposición transitoria tercera y de la disposición final vigesimoprimer de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social".

2. Por diligencia de ordenación la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparece como parte recurrente la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrada de la Administración de la Seguridad Social; no comparece ante esta sala la parte recurrida, la Administración Concursal de Gestima S.L.

4. Esta sala dictó auto de fecha 2 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso de casación contra la sentencia n.º 59/2018, de 15 de mayo de 2018, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 472/2017, dimanante del incidente concursal n.º 1/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Ourense".



5. Al no haberse personado la parte recurrida y no solicitarse la celebración de vista pública por la parte personada, se señaló para votación y fallo el día 19 de mayo de 2021, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. Por auto de 29 de enero de 2015, se declaró el concurso de acreedores de Gestima S.L. y por auto de 7 de mayo de 2015 se abrió la fase de liquidación.

En el tercer informe trimestral sobre operaciones de liquidación, la administración concursal incluyó como crédito contra la masa sus honorarios correspondientes a los meses de junio a diciembre de 2016, por un importe de 10.558,40 euros.

2. La Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) presentó la demanda de incidente concursal que dio inicio al presente procedimiento en la que pedía fuera declarado que la administración concursal no tenía derecho a percibir retribución alguna a partir de que, una vez entrada en vigor de la disposición transitoria tercera de la ley 25/2015, habían transcurrido doce meses desde la apertura de la liquidación (en mayo de 2015), esto es desde junio de 2016. Razón por la cual, pedía que se condenara a la administración concursal a devolver a la masa activa del concurso las cantidades indebidamente percibidas correspondientes a junio de 2016 y a los meses posteriores.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al entender que la reforma introducida por la Ley 25/2015 solo resultaba de aplicación a los concursos declarados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha ley.

4. La sentencia fue recurrida en apelación por la TGSS y la Audiencia desestimó el recurso al entender que no cabía una aplicación retroactiva de una norma no favorable o restrictiva de derechos ( art. 9.3 CE y 2.3 CC), que afectaba al derecho de retribución del administrador concursal conforme a la normativa vigente cuando fue designado y aceptó el cargo.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la TGSS, sobre la base de un solo motivo.

### SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo.* El motivo denuncia la infracción de la disposición transitoria tercera y la disposición final vigésimo-primera de la Ley 25/2015, al entender que cabe aplicar el régimen de retribución introducido por esta ley a concursos abiertos con anterioridad, sin que suponga una aplicación retroactiva, porque el nacimiento del derecho a la retribución no se sitúa en el momento de la declaración de concurso, ni siquiera cuando se abre la liquidación, respecto de los honorarios correspondientes a esta fase. El hecho que origina el nacimiento del derecho a una retribución determinada es el devengo de cada mensualidad, siendo su plazo de pago los cinco primeros días del mes siguiente al de su devengo y siempre que durante el periodo retribuido se hayan desarrollado los trabajos de liquidación.

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo.* La cuestión controvertida ha sido resuelta por esta sala en su sentencia 349/2020, de 23 de junio, y al no existir ninguna circunstancia que nos lleve a separarnos del criterio entonces adoptado, lo aplicamos al presente caso.

En ese precedente, advertíamos que la disposición transitoria tercera (DT3<sup>a</sup>) de la Ley 25/2015, 28 de julio, que lleva por rúbrica "Arancel de derecho de los Administradores concursales", modificó el régimen de retribución de los administradores concursales, al disponer lo siguiente:

"Hasta que se apruebe el nuevo desarrollo reglamentario del artículo 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el arancel de la administración concursal se regirá por lo dispuesto en el del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, con las siguientes especialidades:

a) La cantidad que resulte de la aplicación de lo establecido en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales se incrementará hasta un 5 por ciento por cada uno de los supuestos enunciados en el artículo 6.1 del mismo Real Decreto, sin que el incremento total pueda ser superior al 15 por ciento si el concurso fuera clasificado como de tamaño medio o superior al 25 por ciento si fuera calificado de gran tamaño, respetando en todo caso los límites establecidos en el artículo 34.2.b) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.



"b) La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

"A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al 5 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

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

La discusión se centra en si la limitación temporal, de doce meses, del derecho a cobrar la retribución durante el periodo de liquidación es aplicable a los concursos en los que la fase de liquidación se abrió con anterioridad a la entrada en vigor de esta DT3ª Ley 25/2015.

El párrafo tercero de la letra b) dispone, con carácter general, que el derecho a la retribución del administrador concursal durante la fase de liquidación se ciñe a los doce primeros meses. A partir del mes décimo tercero, no tiene derecho a devengar honorarios con cargo a la masa, salvo que el juez lo autorice, de manera motivada y previa audiencia de las partes, atendiendo a las especiales circunstancias del caso.

Esta disposición se enmarca en las previsiones legales que tratan de preservar que la fase de liquidación no se prolongue demasiado tiempo ( art. 152 LC).

**3.** En este caso, el concurso fue declarado el 29 de enero de 2015, y el 7 de mayo de 2015 se abrió la fase de liquidación

En principio, al no existir disposición legal en contrario, esa previsión contenida en el párrafo tercero de la letra b) de la DT3ª de la Ley 25/2015 entraba en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, que tuvo lugar el 29 de julio de 2015.

Es cierto que el art. 2.3 CC prescribe, con carácter general, que "las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario". Pero la jurisprudencia de esta sala, contenida en la sentencia 992/2011, de 16 de enero, ha interpretado el alcance de esta prohibición de retroactividad, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, en el siguiente sentido:

"la incidencia de la norma nueva sobre relaciones consagradas puede afectar a situaciones agotadas y es entonces cuando puede afirmarse que la norma es retroactiva, ya que el artículo 2.3 CC no exige que expresamente se disponga la retroactividad, sino que la nueva norma ordene que sus efectos alcancen a tales situaciones ( STC, del Pleno, 27/1981, de 20 de julio de 1981), con el límite de que la retroactividad será inconstitucional ( artículo 9.3 CE) cuando se trate de disposiciones sancionadoras no favorables o en la medida que restrinja derechos individuales, es decir afecte al ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas o a la esfera general de protección de la persona ( SSTC 42/1986, de 10 de abril, 173/1996, de 31 de octubre), y siempre que sean derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto, no los pendientes condicionados o las meras expectativas ( SSTC 99/1987, de 11 de junio, 178/1989, de 2 de noviembre)".

En realidad, como hemos advertido en otras ocasiones, por ejemplo en la reseñada sentencia 992/2011, de 16 de enero, a la hora de precisar el alcance de esta prohibición de irretroactividad de las normas, hay que distinguir entre una "irretroactividad auténtica" o propia, y la "irretroactividad impropia":

"En materia de retroactividad, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia ley, y ya consumadas, que ha denominado de retroactividad auténtica, y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas, que ha denominado de retroactividad impropia. En el primer supuesto -retroactividad auténtica- la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. En el segundo -retroactividad impropia- la licitud o ilicitud de la disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso ( SSTC 126/1987, de 16 de julio, 182/1997 de 28 de octubre, 112/2006, del Pleno, de 5 de abril de 2006 ), distinción a la que se refirió esta Sala en la STS, del Pleno, de 3 de abril de 2008, RC n.º 4913/2000".

Esta doctrina ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores, por ejemplo en la STC 51/2018, de 10 de mayo:



"Lo que el art. 9.3 CE prohíbe es 'la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad' ( STC 42/1986, de 10 de abril). Como ha reiterado este Tribunal 'la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), o 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre 'relaciones consagradas' y afecta a 'situaciones agotadas' [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b)]." ( STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 17)".

4. En nuestro caso, estamos ante una retroactividad impropia. A la relación jurídica consiguiente al nombramiento de un administrador concursal, cuyo régimen legal y reglamentario, al tiempo de abrirse el concurso, no establecía limitación temporal al cobro de honorarios durante la fase de liquidación, el juez del concurso le aplica la limitación temporal de cobro que establece la DT3ª de la Ley 25/2015, a partir de la entrada en vigor de esta última.

No es una auténtica aplicación retroactiva porque no afecta a derechos adquiridos (los honorarios anteriores a la entrada en vigor de la DT3ª), sino a una expectativa de cobro de unas retribuciones por la función desarrollada como administrador concursal, que en fase de liquidación se devenga mes a mes y, lógicamente, mientras dure la liquidación. Propiamente, el derecho a la retribución se va adquiriendo conforme se va cumpliendo cada mes en el ejercicio de la función. Hubiera habido retroactividad propia si se hubiera aplicado la limitación al periodo anterior a la entrada en vigor de la DT3ª, esto es, a la retribución devengada con posterioridad al mes duodécimo de la fase de liquidación y antes de la entrada en vigor de la DT3ª.

En realidad, el juzgado aplicó la reseñada regla de la DT3ª, letra b), párrafo tercero, a partir de su entrada en vigor, aunque sobre una relación jurídica surgida con anterioridad, una administración concursal de un concurso cuya fase de liquidación se había abierto hacía más de doce meses. Lógicamente afecta al nacimiento del concreto derecho de cobro de la retribución correspondiente a los meses posteriores. Se altera la expectativa de cobro que tenía el administrador concursal, al cambiar el marco normativo que regula su retribución. La aplicación de la DT3ª sobre la retribución de los meses posteriores a su entrada en vigor está justificada por la propia *ratio* del precepto: evitar la prolongación de los concursos en fase de liquidación más allá de los doce meses y tratar de que esta prolongación no genere más costes para la masa. Se trata de un incentivo negativo para los administradores concursales, pues con esta limitación temporal saben que si se prolonga la liquidación más allá de un año, a partir del décimo tercer mes dejarán de cobrar su retribución, salvo en causas justificadas apreciadas por el juez.

En nuestro caso, cuando entró en vigor la DT3ª Ley 25/2015, la fase de liquidación llevaba poco más de dos meses abierta. Es lógico que, bajo la nueva norma, se tengan en cuenta los meses que restarían para cumplir el lapso de tiempo que la ley estima razonable para mantener la liquidación abierta con coste para la masa del concurso, y a partir de entonces opere ya esa limitación y por lo tanto la función de la administración concursal deje de devengar derechos de retribución, sin que con ello se conculquen las normas que prescriben la irretroactividad de las normas.

### **TERCERO. Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena de las costas generadas con este recurso ( art. 398.2 LEC).
2. Estimado el recurso de apelación, tampoco imponemos a ninguna de las partes las costas de este recurso ( art. 398.2 LEC).
3. Desestimadas todas las pretensiones de la parte demandada, se le imponen las costas generadas en primera instancia ( art. 394 LEC).

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1.ª) de 15 de mayo de 2018 (rollo 472/2017), que dejamos sin efecto.



**2.º** Estimar el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ourense de 28 de abril de 2017 (incidente concursal 1/2015-1), en el siguiente sentido.

**3.º** Estimar la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social frente a la Administración concursal de Gestima S.L. y declarar que la administración concursal carece de derecho a recibir la retribución por la fase de liquidación a partir del mes de junio de 2016.

**4.º** No hacer expresa condena respecto de las costas de casación y apelación, e imponer a la demandada las costas generadas en primera instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ