

El Régimen jurídico de la retribución de la administración concursal: viejos problemas y nuevas reglas.

BIB 2021\5033

Nuria, Fachal Noguera. Magistrada especialista C.G.P.J. en asuntos propios de lo Mercantil. Doctora en Derecho

Publicación:

Aranzadi digital num.1/2021
Editorial Aranzadi, S.A.U.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha debatido a lo largo de los últimos años sobre el régimen jurídico de la retribución de la administración concursal. Las sucesivas e incontables modificaciones sufridas por la [Ley Concursal \(RCL 2003, 1748\)](#) desde su entrada en vigor –acaecida el día 1 de septiembre de 2004- aconsejaban su sustitución por un Texto Refundido que, merced a la pertinente habilitación al Gobierno, lograrse aclarar, regularizar y armonizar los textos legales que iban a ser refundidos. Se trataba, en realidad, de una exigencia impuesta por la lógica interna del propio sistema concursal, que no podía ser pospuesta por más tiempo –v. Exposición de Motivos del [Texto Refundido de la Ley Concursal \(RCL 2020, 731\)](#) -.

La compleja situación económica en la que ha tenido lugar la publicación y la entrada en vigor del Texto Refundido, debido a la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, impulsó la adopción simultánea de diversas medidas encaminadas a paliar sus efectos que, en la jurisdicción mercantil, en particular, estaban orientadas a contener el serio riesgo de colapso de esta jurisdicción. Desde los momentos iniciales de la crisis, se ha temido una avalancha de procedimientos de insolvencia, que socave la ya maltrecha economía española y que, en su traslación al ámbito judicial, podría saturar a los juzgados de lo mercantil de procedimientos en los que lo único que cabría hacer sería santificar la muerte por inanición de las empresas concursadas. La moratoria concursal, actualmente vigente –cfr. 6 de la [Ley 3/2020, de 18 de septiembre \(RCL 2020, 1497\)](#) -, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia-, parece haber logrado el propósito de contener la aluvión de concursos, aunque está por ver cuáles serán los efectos colaterales que se asocian a una suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso. Lo cierto es que la consabida y polémica

moratoria ha amparado la indolencia de las empresas insolventes, por un lapso temporal que se aproxima ya a los dos años, con un efecto que, sin duda, no será neutro para nuestro maltrecho tejido empresarial. El bagaje concursal desde que se produjo la declaración de estado de alarma como consecuencia de la crisis sanitaria ha sido, como era de esperar, parco en su número y deteriorado en su contenido: las solicitudes de concurso voluntario que se han registrado en los juzgados de lo mercantil –recordemos que las de concurso necesario están bloqueadas ex 6.2 de la Ley 3/2020-, han sido llamativamente escasas, pero más alarmante es la escasa calidad de los concursos registrados, pues quien se atreve a iniciar la andadura concursal lo hace en una situación patrimonial tan precaria que lo único que resta es poner el cierre simultáneo a la declaración, ante lo antieconómico de la tramitación del concurso. Quienes vivimos el día a día de la práctica concursal en los juzgados de lo mercantil comprobamos la escasa utilidad que reporta la tramitación de los concursos sin masa y no sólo por la desazón que ello causa en el profesional que ha sido designado administrador concursal: las tensiones laborales son frecuentes, debido al impago de los créditos laborales, y los problemas prácticos que afloran ante la inexistencia de bienes con los que hacer frente a gastos perentorios e inaplazables permanecen normativamente irresueltos debido, sin duda, a la escasa visión práctica de la que se ve aquejado el legislador.

Pudiéramos seguir describiendo con más detalle el panorama concursal actual, aunque las líneas precedentes son suficientes para retener la idea que se ha querido transmitir sobre el medio hostil en el que el administrador concursal desarrolla su función, si todos los factores se conjugan para que tenga lugar su nombramiento y posterior aceptación del cargo. En las próximas páginas, pretendemos hacer un análisis de los problemas que afloran de una manera recurrente, una vez que el profesional designado quiere hacerse cobro de los honorarios que deberían corresponderle por su intervención en el concurso. Sin embargo, estas cuestiones no pueden ser abordadas soslayando o ignorando las novedades que se avecinan en materia retributiva, pues sus líneas maestras han sido anticipadas en el Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal para la transposición de la [Directiva \(UE\) 2019/1023 \(LCEur 2019, 1071\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la [Directiva \(UE\) 2017/1132 \(LCEur 2017, 1035\)](#) (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). Por otra parte, en lo que atañe al estatuto jurídico de la administración concursal, el citado Anteproyecto incluye una previsión sobre la ansiada y, hasta la fecha, frustrada, aprobación de la norma reguladora. La Disposición adicional primera establece que, antes del 17 de julio de 2022, el Gobierno, a propuesta de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Económicos y Transformación Digital, aprobará mediante Real Decreto, el Reglamento de la administración concursal, en el que se establecerá el acceso a la actividad, el nombramiento de los administradores concursales y su retribución.

Sin ánimo exhaustivo, el propósito de este trabajo es hacer un recorrido en el que se expongan las principales vicisitudes que han afectado a la retribución de la administración concursal, una vez superado el primer año de vigencia del Texto Refundido de la Ley Concursal. Algunos de los puntos de fricción y debate son ya “viejos” conocidos, pues surgieron y dieron lugar a intensos debates bajo el régimen de la Ley Concursal, mientras que otras cuestiones polémicas se han agravado, o han sufrido giros argumentales, a la luz de la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Toda esta compleja amalgama se complica un poco más, a la espera de la transposición de la citada Directiva sobre reestructuración e insolvencia, aunque el debate está servido desde hace tiempo y merece, por su relevancia, nuestro máximo interés y reflexión.

II. RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL: RÉGIMEN TRANSITORIO

El Texto Refundido de la Ley Concursal vio la luz sin un régimen transitorio completo, y ello motivado por la naturaleza de la propia norma, en la que, al menos en el plano teórico, no debía existir ninguna innovación legislativa, pues su objeto consistió en regularizar, aclarar y armonizar la norma a la que sustituyó¹. Según la postura asumida de forma mayoritaria, a partir de la fecha en que el Texto Refundido adquirió vigencia, los procedimientos concursales en tramitación pasaron a regirse por esta norma, lo que, en la mayor parte de los casos, supuso tener que recurrir a la tabla de equivalencias para localizar el precepto que numéricamente se correspondía con el existente en la Ley Concursal derogada. Sólo en aquellos casos en que se apreciaban cambios de redacción se hacía necesario un análisis más reposado, con el propósito de identificar cuál era la modificación sufrida y las consecuencias que de ella se derivaban. Excepcionalmente, para las variaciones de más calado, o en el caso de las referidas a cuestiones polémicas, algunos órganos judiciales se aproximaron a la modificación legal evaluando el posible exceso en la delegación legislativa que, en caso de existir, les habilitaba para dejar de aplicar la nueva norma, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad –cfr. [STC nº 166/2007, de 4 de julio, \[RTC 2007/166\]](#), entre otras-.

¹ VALENCIA GARCÍA, F., “La posible aplicación retroactiva del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. La coexistencia temporal de las normas concursales”, Foro El Derecho de Derecho Mercantil, PÉREZ-BENÍTEZ (Coord.).

En lo que respecta a la retribución de la administración concursal, la principal incógnita que generó la entrada en vigor del Texto Refundido vino motivada por la escasa claridad de la que se veía aquejada su Disposición Transitoria Única, en la que se prevé que “ **[e]l contenido de los artículos 57 a 63, 84 a 89, 560 a 566 y 574.1 todos ellos inclusive, de este texto refundido, que corresponda a las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre (RCL 2014, 1291)** , por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha ley. Entre

tanto permanecerán en vigor los [artículos 27](#) , [34](#) y [198](#) de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre”.

Esta disposición recoge un régimen temporal especial relativo a la retribución de la administración concursal, con el que se da respuesta a la particular y problemática situación que se genera por el inexistente desarrollo reglamentario al que se supedita la entrada en vigor de algunas de las previsiones contenidas en aquellos preceptos –los que quedaron afectados por las modificaciones introducidas en los [artículos 27](#) , [34](#) y [198](#) LC por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre-.

Hasta la fecha, no se ha aprobado el desarrollo reglamentario a que se refería la D.T. 2ª de la Ley 17/2014. Esta circunstancia ha impedido que adquieran vigencia los [arts. 84](#) a [89](#) TRLC, pero sólo en lo que se corresponde con las modificaciones introducidas en el [art. 34](#) LC por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre. Por tanto, en relación a la retribución de la administración concursal, debe quedar claro que el aplicador del Derecho se verá obligado a indagar cuáles fueron las variaciones introducidas en el [art. 34](#) LC por la Ley 17/2014 y ello a los efectos de seleccionar correctamente la norma retributiva aplicable al caso concreto².

² En contra, GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La retribución de la administración concursal tras la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal: el límite anual en fase de liquidación”, El Derecho, quien defiende que el régimen jurídico de la retribución de la administración concursal contenido en los arts. 84 a 89 TRLC no entró en vigor el día 1 de septiembre de 2020. Para este autor, la retribución de la administración concursal ha pasado a regirse, por el juego de D. T. Única del TRLC, por el art. 34 LC, tal y como quedó redactado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

De este modo, una vez cotejado el [art. 34](#) LC -en la versión ofrecida por la Ley 17/2014- y el tenor de los [arts. 84](#) a [89](#) TRLC, comprobamos que la principal innovación que introdujo aquella reforma legal fue la relativa a la regla de la eficiencia, hasta entonces inexistente, por la que podía minorarse la retribución que debería percibir el administrador concursal “ *por el incumplimiento de las obligaciones de la administración concursal, un retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la calidad deficiente de sus trabajos*” (v. *infra* epígrafe 4, dedicado precisamente al estudio de este principio que rige en la determinación de la retribución). En el Texto Refundido, la regla de la eficiencia se recoge en el art. 86.1.3º aunque, según la tesis que aquí se sostiene, la citada regla no está vigente, a la espera de la aprobación del reglamento a que se refiere la D.T. 2ª de la Ley 17/2014.

III. REGLAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. Elementos normativos para el cálculo de la retribución de la administración concursal

El [art. 242.6º](#) TRLC atribuye la naturaleza de crédito contra la masa al derecho de crédito que titula la administración concursal por los honorarios devengados a causa de su intervención en las distintas fases del concurso. Dado que el pago de los

créditos contra la masa debe realizarse con cargo a los bienes o derechos que no estén afectos al pago de créditos con privilegio especial –cfr. [artículo 244](#) TRLC-, el reconocimiento de determinados créditos con aquella condición incide directamente en las expectativas de cobro de los acreedores que conforman la masa pasiva del concurso. Por ello, se imponen determinadas exigencias que permiten verificar que el cobro de los honorarios se acomoda a las prescripciones legales, al tiempo que se fijan unas bases objetivas para el cálculo de estos derechos retributivos, lo que convierte esta operación de cuantificación, encomendada al juez del concurso, en meramente aritmética –cfr. [SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2016 \[Roj: AAP M 1985/2016\]](#), y [AAP de Madrid nº 123/2017, de 17 de julio, \[JUR 2017/259459\]](#) -. Así lo describía el AAP de Sevilla nº 160/2007, de 19 de julio, [\[AC 2008/170\]](#) , al señalar que “ *la técnica que utiliza es la de establecer unas reglas de obligado cumplimiento y respeto por los tribunales, que no tienen otro margen de discrecionalidad que aquél que conceden los propios preceptos en supuestos concretos en los que permiten incrementos o reducciones limitados de las retribuciones*”.

Veamos, pues, los elementos normativos y los factores que deben tomarse en consideración para cuantificar la retribución de la administración concursal.

En primer lugar, el [artículo 85](#) TRLC dispone que la retribución de la administración concursal se determinará mediante un arancel que se aprobará reglamentariamente. El arancel atenderá a los siguientes criterios:

Las funciones de la administración concursal.

El número de acreedores.

El tamaño del concurso según la clasificación establecida a los efectos del nombramiento de la administración concursal.

La acumulación de concursos.

Hasta la fecha, el desarrollo reglamentario es el contenido en el [Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre \(RCL 2004, 1960\)](#) , por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales. Para la cuantificación de la retribución que habrá de percibir la administración concursal por su intervención en el concurso habrán de seguirse las reglas pre-establecidas que se contienen en el arancel. La operativa que ha de observar el juez del concurso al acometer esta tarea es relativamente sencilla, pues la retribución de la fase común se calcula en función de los valores de la masa activa –inventario- y de la masa pasiva -lista de acreedores-, que se ofrecen en los textos definitivos –cfr. art. 4.4 del arancel-. La normativa concursal señala un momento concreto y determinado para el cálculo de los valores que han de ser tomados como base para la fijación de la retribución definitiva, que no es otro que el de presentación de los textos definitivos, en los que quedan fijados definitivamente tanto el inventario como la lista de acreedores.

Una vez fijada la retribución de la fase común, la que podrán percibir los administradores concursales por su intervención en las restantes fases del concurso

-fase de convenio o de liquidación-, se calculará aplicando un porcentaje sobre la retribución de la fase común ([artículo 9](#) RD 1860/2004) y consistirá en la cantidad que arroje dicho cálculo, la cual se percibirá por el administrador concursal por cada uno de los meses de duración de estas fases. En otro de los epígrafes de este trabajo nos centraremos en el estudio de la limitación retributiva que prevé la D.T. 3ª de la Ley 25/2015 para los honorarios correspondientes a la fase de liquidación.

En segundo lugar, la cuantía de la retribución que percibirá la administración concursal ha de fijarse por medio de un auto dictado por el juez del concurso, que deberá acomodarse a lo establecido en el arancel –cfr. [artículo 87, apartado 1](#), TRLC-. De este modo, el margen de discrecionalidad conferido al juez del concurso queda circunscrito a los supuestos habilitantes que contempla la propia norma reguladora: v. gr. reducción por cese o suspensión de la actividad empresarial o profesional del deudor ex artículo 5 del arancel, factores de complejidad previstos en el artículo 6 o incremento retributivo por tramitación abreviada del concurso con un solo administrador del artículo 4.5.

A continuación, nos detendremos en el análisis de las reglas de determinación de la retribución que ha de percibir la administración concursal por el desempeño de sus funciones en el concurso. Estas reglas con las que se contienen en el [art. 86](#) TRLC.

2. Regla de la exclusividad

2.1. Significación de la regla de la exclusividad

Conforme a esta regla, los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel. Por su parte, el artículo 3 del arancel dispone en su apartado 1 que por el ejercicio de las funciones atribuidas por la ley, los administradores concursales no podrán percibir con cargo a la masa activa cantidades distintas de las que resulten de la aplicación de esta norma.

La regla de la exclusividad, consagrada en el [art. 86.1.1º](#) TRLC, prohíbe que la administración concursal pueda devengar, con cargo a la masa, cantidades adicionales a las fijadas inicialmente, por actuaciones de asistencia técnica o jurídica, prestadas en el marco del concurso. Ya bajo el régimen de la Ley Concursal, se cuestionó si era contrario a esta regla que el administrador concursal percibiera una retribución adicional por la asistencia técnica prestada en los incidentes concursales tramitados en el concurso o si este profesional podía percibir honorarios, más allá de los previstos en la norma arancelaria, cuando hubiese asumido la asistencia técnica de la propia administración concursal en los procesos judiciales tramitados en interés de la masa extramuros del concurso. En el caso del administrador concursal que fuese profesional del área económica –auditor o economista-, se debatió si podía facturar durante el concurso por la prestación de servicios de asesoría contable y fiscal a la concursada.

De inmediato analizaremos cuál fue la posición que asumieron los órganos de la jurisdicción mercantil en relación a este particular debate y si éste ha sufrido alguna variación con el Texto Refundido de la Ley Concursal.

2.2. Asistencia técnica en incidentes concursales

Bajo el régimen anterior, se cuestionó si la administración concursal podía minutar por su intervención en los incidentes o si podían abonarse con cargo a la masa los honorarios de los profesionales designados por la administración concursal encargados de su defensa jurídica en los incidentes que se suscitasen durante la tramitación del concurso. Esta posibilidad parecía estar amparada por el [artículo 84.2.2º LC](#), que atribuía la condición de crédito contra la masa a los gastos de asistencia y representación de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando la intervención fuese legalmente obligatoria o se realizase en interés de la masa. En los albores de la Ley Concursal, la [SJM nº 1 de A Coruña de 16 de enero de 2005, \[JUR 2006/124260\]](#), reconocía que la dirección técnica de estos incidentes por parte de la administración concursal no se encontraba dentro de las funciones encomendadas al letrado integrante de aquélla, por lo que el crédito contra la masa que se pudiera generar por tal concepto tendría encaje en el [art. 84.2.2º LC](#); con todo, la necesidad de contener los riesgos ínsitos a la autocontratación hacía que el cauce de la autorización judicial – cfr. art. [artículo 188 LC](#) - resultase idóneo para ponderar las circunstancias concurrentes, tanto en lo relativo a la complejidad del objeto del incidente, como en lo que respecta a la razonabilidad de los honorarios profesionales que pretendían ser satisfechos con cargo a la masa activa.

La cuestión, no exenta de polémica, dio lugar a pronunciamientos judiciales que, en su mayor parte, se decantaron por dar una respuesta negativa a esta cuestión, acudiendo a lo establecido en el [artículo 184.5 LC](#), a cuyo tenor "*la administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en incidentes o recursos deberán hacerlo asistidos de letrado. La dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal*". Este precepto fue modificado por el [RDL 3/2009 \(RCL 2009, 682\)](#), precisamente para dar esta redacción a su inciso final, lo que fue interpretado como una traba legal a la posibilidad de minutar por la defensa técnica en los incidentes concursales. Esta postura interpretativa la encontramos en las [SSAP de Madrid nº 319/2008, de 30 de diciembre, \[JUR 2009/113914\]](#), y nº 62/2011, de 4 de marzo, [\[AC 2011/981\]](#), que, con invocación de la regla de la exclusividad, consideraron vedada la percepción de cualesquiera honorarios profesionales por la dirección técnica de recursos e incidentes en el concurso.

La tesis anterior, prevalente entre los órganos de la jurisdicción mercantil, dejaba parcialmente vacío de contenido al [art. 84.2.2º LC](#), ya que, al menos desde una perspectiva teórica, esta disposición concedía el carácter de créditos contra la masa a aquéllos cuyo origen se hallara en la asistencia y representación de la

administración concursal por la tramitación de incidentes " *en interés de la masa* ". En un intento de conciliar el [art. 184.5](#) LC –calificado como una norma de postulación procesal- y el citado [art. 84.2.2º](#) LC, se propuso circunscribir la pre-deducibilidad del crédito por honorarios a los incidentes que pudiesen mejorar la posición de los acreedores, ya por un incremento de la masa activa, ya por una disminución de la masa pasiva³. Eso sí, tal posibilidad se hacía depender de las circunstancias concurrentes, cuya correcta ponderación precisaba *“de una completa justificación por parte de la administración concursal en la solicitud que se dirija al Juzgado, en la que habrá de incluirse tanto la especificación de los incidentes de que se trate como la finalidad perseguida con su tramitación. También habrán de cuantificarse los honorarios que se percibirán por la defensa técnica de estos incidentes”* -AJM nº 2 de Pontevedra de 24 de mayo de 2018, [Roj: AJM PO 60/2018]-.

³ FACHAL NOGUER, N., “Posición en el concurso del crédito por honorarios de la administración concursal y de otros profesionales, en *Derechos económicos de los profesionales en el concurso* , Aranzadi, 2018, pág. 673. En la misma obra, MUÑOZ PAREDES, A., pág. 141, afirma que el art. 184.5 LC no ofrece un asidero normativo suficiente para afirmar que el letrado designado administrador concursal deba asumir a gratuidad su intervención en los incidentes.

El actual [art. 242.3º](#) TRLC continúa calificando como crédito contra la masa los honorarios originados por la defensa técnica de la administración concursal “ *durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes*”, siempre que su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa. Esta disposición parece entrar en colisión con lo preceptuado en el [art. 511](#) TRLC, en el que se incluyen dos normas sobre actuación en el concurso de la administración concursal:

Ésta será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervenga en incidentes o recursos deberá hacerlo asistida de letrado.

La dirección técnica de incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones de la administración concursal o del auxiliar delegado, cuando en alguno de ellos confluya la condición de letrado.

En este punto, el borrador inicial del Texto Refundido difería de la regulación incorporada al texto finalmente publicado. El [art. 510](#) TRLC, tras proclamar que la administración concursal sería oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma –con la salvedad indicada para incidentes o recursos, en los que deberá hacerlo asistida de letrado-, señalaba:

“Cuando el nombrado administrador concursal o el auxiliar delegado tengan la condición de letrado, la dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones de la administración concursal o del auxiliar delegado. En los demás casos, la administración concursal deberá estar asistida por letrado, cuya retribución correrá a cargo de la propia administración concursal ”.

En el precepto equivalente al que se contenía en el borrador inicial -actual [art. 511](#)

TRLC-, se ha suprimido la mención explícita al pago de los honorarios del letrado designado para la intervención en incidentes y recursos, con cargo a la retribución de la administración concursal, que se preveía para aquellos supuestos en que la designación hubiese recaído en un profesional en el que no confluyese la condición de letrado. En el primer borrador de Texto Refundido, el [art. 510](#) TRLC persistía en la tesis que imponía al administrador concursal que tuviese la condición de letrado la defensa técnica en los incidentes y, como novedad, se añadía que los otros profesionales que hubiesen sido designados administradores concursales –economistas o auditores- podrían nombrar a un letrado que les asistiese en tales incidentes, aunque habrían de abonar sus honorarios con cargo a la masa: en este extremo, el [art. 510](#) TRLC disponía que los honorarios del letrado designado por la administración concursal correrían a cargo de su propia retribución.

En la versión final del Texto Refundido, el precepto dedicado a los requisitos de postulación en el concurso de la administración concursal pasa a ser el [art. 511](#) TRLC. Se mantiene, como hacía el derogado [art. 184.5](#) LC que la administración concursal será oída siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervenga en incidentes o recursos deberá hacerlo asistida de letrado. Ahora bien, a continuación se precisa que “ *cuando el nombrado administrador concursal o el auxiliar delegado tengan la condición de letrado, la dirección técnica de estos incidentes y recursos se entenderá incluida en las funciones de la administración concursal o del auxiliar delegado* ”.

Si en el borrador estaba claro que se acogía la propuesta interpretativa que defendía un sector de la doctrina, consistente en negar la posibilidad de dispensar un tratamiento dispar al coste por asistencia letrada de la administración concursal -en función de que éste profesional ostentase o no la condición de letrado-, la situación no parece tan diáfana con el actual [art. 511](#) TRLC. Aun así, debe advertirse del riesgo que entraña dar un tratamiento diverso a los honorarios de los profesionales designados por la administración concursal para la asistencia técnica en incidentes concursales, en atención a la condición subjetiva que concurre en el administrador concursal: si el pago de aquellos honorarios ha de asumirse con cargo a la masa cuando el administrador concursal ostenta la condición de auditor de cuentas o de economista, y no cuando confluya en aquel profesional la condición de letrado, podría ocurrir que los Juzgados de lo Mercantil prescindiesen de los profesionales del área económica en las designaciones de administradores concursales, por el mayor coste para la masa que implicaría su nombramiento⁴.

⁴ MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal*, Aranzadi, 2017, pág. 599.

El art. 511 del Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia permanece inalterado en su inciso final, en el que se encomienda la dirección técnica de los incidentes al administrador concursal o al auxiliar delegado en el que concurra la condición de letrado. Sí se introduce una modificación, ciertamente llamativa, que consiste en exigir a la administración concursal, como requisito de postulación procesal, la representación por medio de procurador para intervenir en

incidentes o en toda clase de recursos contra las resoluciones del juez del concurso. Decimos que esta exigencia no deja de ser extraña, ya que una previsión de estas características nunca se contempló en la normativa concursal. Por otra parte, las últimas reformas legislativas han ido encaminadas a reducir los costes asociados a la tramitación del concurso mediante la minoración de los honorarios de la administración concursal y la satisfacción con cargo a su retribución de determinados gastos del concurso –entre otros, los honorarios de entidades especializadas y de expertos independientes o los costes de emisión de informes de valoración para la determinación del límite del privilegio especial-.

Es evidente que este nuevo requisito carece de justificación. En efecto, no se aprecian obstáculos a la notificación al letrado por vía Lexnet, o por el sistema equivalente en la Comunidad Autónoma correspondiente, como se ha venido haciendo hasta la fecha. Por supuesto, aunque no lo resuelve expresamente el precepto comentado, ha de concluirse que el abono de los derechos arancelarios que devengue el procurador por su intervención deberán satisfacerse con cargo a la masa, al hallarnos ante un crédito subsumible en la categoría de créditos contra la masa del art. 242.3º del citado Anteproyecto.

Hasta ahora, en los concursos con insuficiencia de masa, los gastos de asistencia técnica –y de representación- eran asumidos en su integridad por el administrador concursal, como una de las partidas retribuíbles en el montante total de sus honorarios. Si, en la versión final del art. 511, resultante de la reforma, se materializa este condicionante a la intervención en los incidentes de la administración concursal –como demandante y como demandada- se agravarán inexplicablemente los costes del concurso. Además, la norma deja irresuelta la problemática asociada a los concursos con insuficiencia de masa, ya que nada se aclara acerca de cómo resolver el problema de la ausencia de fondos suficientes con los que atender el pago de los aranceles del procurador, por lo que parece que, una vez más, habrá de hallarse la solución en una autorización del juez del concurso, que permita litigar prescindiendo de este requisito de postulación.

Por último, no debemos pasar por alto que la regla de la exclusividad ha sido reformulada en el Anteproyecto, para concederle una configuración más restrictiva que la contenida en el actual [art. 86.1.1º](#) TRLC. En la norma proyectada, se dispone que no se podrá devengar, con cargo a la masa activa, cantidad alguna adicional a la fijada inicialmente, en favor del administrador concursal o persona especialmente vinculada al mismo, por actuaciones de asistencia técnica o jurídica ni por la interposición de cualquier tipo de recursos, en el marco del concurso. En una lectura literal de este precepto, quedaría excluida, en todo caso, la posibilidad de percibir honorarios por la defensa asumida por la administración concursal en actuaciones intra-concursales: es de notar que la norma no se circunscribe a la defensa jurídica desarrollada dentro del concurso, sino que comprende todo tipo de asistencia técnica. Asimismo, con el propósito de bloquear potenciales conductas fraudulentas de los profesionales intervinientes, a las que ya se refería la [SJM nº 1 de A Coruña de 16 de enero de 2005, \[JUR 2006/124260\]](#), la prohibición se hace extensiva a las

personas especialmente vinculadas con el administrador concursal, con las que podría formalizarse una hoja de encargo para actuaciones a desarrollar dentro del concurso, soslayando la prohibición que subyace a la regla de la exclusividad.

2.3. Asistencia técnica en procesos judiciales tramitados extramuros del concurso

Igualmente discutido ha sido, por el juego de la regla de la exclusividad que consagra el actual [art. 86.1.1º](#) TRLC, el reconocimiento de un crédito contra la masa a favor de la administración concursal con origen en la asistencia jurídica asumida en procesos judiciales tramitados en interés de la masa, más allá del marco del concurso.

El [art. 242.4º](#) TRLC incluye, dentro de la relación de créditos contra la masa, los generados por “ *los gastos y las costas judiciales ocasionados por la asistencia y representación del concursado, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta ley* , salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos” .

Bajo el régimen de la Ley Concursal, se acudió al precepto equivalente –cfr. [art. 84.2.3º](#) LC-, como disposición habilitante para el pago con cargo a la masa de los honorarios devengados por la defensa técnica en procesos judiciales tramitados al margen del concurso, siempre que se diesen determinados condicionantes. Así, en los juicios promovidos por la administración concursal “ *en interés de la masa*”⁵, se consideró lícito que ésta pudiera valerse de un letrado externo o, si el administrador concursal reunía la condición del letrado, que pudiera asumir por sí mismo la dirección del procedimiento: si se optaba por la designación de otro profesional, bastaba con formalizar un contrato de arrendamiento de servicios para la asistencia técnica en el procedimiento de que se tratase, sin necesidad de solicitar autorización judicial; pero, en el caso de que fuese el propio administrador concursal quien asumiese la dirección del asunto, se recomendó acudir a la autorización del juez del concurso por la vía del [artículo 188](#) LC –actual [art. 518](#) TRLC-, con el fin de no incurrir en autocontratación. En esta segunda hipótesis, el auto concediendo la autorización debía cuantificar los honorarios que podría percibir el administrador concursal por esta actuación, sin que entrase en juego la limitación propia del principio de exclusividad, dado que este límite quedaba constreñido a “ *su intervención en el concurso* ”.

⁵ Seguimos en este punto el criterio que se postula en la SAP de Murcia nº 14/2017, de 12 de enero, [\[JUR 2017/46662\]](#) , en relación al elemento teleológico que debe concurrir para concluir que nos hallamos ante un proceso judicial que continúa o se inicia en “ *interés de la masa* ”: frente a la tesis restrictiva que sigue un sector de la doctrina y de la jurisprudencia menor, que lo circunscriben a litigios en los que se persigue el incremento de la masa activa, el beneficio para el concurso también puede devenir de la disminución del pasivo, pues en ambos casos se contribuye a mejorar la posición de los acreedores.

Si acogemos, como aquí se defiende, una interpretación que no sea excesivamente rigorista de esta regla de determinación de la retribución de la administración concursal, habremos de concluir que el cambio de redacción operado en el art. 86.1.1º del Anteproyecto no altera en modo alguno las conclusiones anteriores. Esta disposición únicamente prohíbe el devengo de honorarios por actuaciones de asistencia técnica o jurídica, y por la interposición de recursos, en el marco del concurso : en suma, si la intervención profesional del administrador concursal tiene lugar extramuros del concurso, en procesos judiciales tramitados en interés de la masa, no nos hallaremos ante una asistencia técnica intra-concursal que, por ende, escapará a las limitaciones de la regla de la exclusividad.

Para el abono con cargo a la masa de este crédito generado en concepto de honorarios profesionales, no será necesario que se haya materializado el beneficio para la masa, siempre que el juicio de razonabilidad de la pretensión ejercitada arroje un resultado favorable y las cantidades que hayan de abonarse a los profesionales intervinientes sean proporcionadas a la complejidad y cuantía del proceso. Al respecto, se ha defendido que la valoración del interés de la masa debe ser “ *apriorística y no ex post facto* ”⁶, por lo que el reconocimiento y pago de este crédito contra la masa no se puede supeditar al pronunciamiento judicial favorable a la concursada, sino que deberá emitirse el juicio de valor con abstracción del resultado, en atención al objeto y finalidad de aquel proceso.

⁶ MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal* , op. cit ., pág. 601.

Podría argüirse, en contra de esta tesis, que en el [art. 122.2](#) TRLC se dispone que, en caso de ser los acreedores los que entablen estas acciones en interés de la masa, únicamente tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa por los gastos y costas en que hubieran incurrido si la demanda fuese total o parcialmente estimada y hasta el límite de lo “ *efectivamente percibido por la masa* ”⁷. Sin embargo, el [art. 54.4](#) LC –actual [art. 122.2](#) TRLC- fue calificado de “ *excepción a la regla general* ”: a diferencia de lo que ocurre con el deudor y con la administración concursal –que podrán ser reintegrados de los gastos con independencia del efectivo provecho que las acciones judiciales entabladas tuviesen para la masa-, en el caso del acreedor que litiga con esta legitimación subsidiaria, habrá de soportar las costas y gastos, si pierde el pleito; la única hipótesis en la que tendría derecho a ser reembolsado dependería del resultado satisfactorio logrado en el proceso judicial promovido con la legitimación subsidiaria, aunque apriorísticamente pudiera calificarse de beneficioso para la masa⁸.

⁷ Es interesante reparar en el cambio de redacción introducido respecto del precepto equivalente de la Ley Concursal. El art. 54.4 LC disponía que los acreedores que litigasen en ejercicio de esta acción subsidiaria tendrían derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, en caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, con el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia . En el Texto Refundido, para que los acreedores puedan resarcirse de gastos y costas, no bastará con la estimación de la demanda, sino que se precisa el incremento efectivo de la masa activa, fruto de aquella estimación judicial.

8 HERNÁNDEZ SAINZ, E., "Los créditos contra la masa", *Jurisprudencia y concurso*, GARCÍA-CRUCES (Dir.), Tirant lo Blanch, 2017, pág. 346.

Por último, en lo que atañe al importe que debería satisfacerse con carácter preferente a los profesionales intervinientes en este tipo de procesos, la solicitud formulada por la administración concursal deberá incluir un detalle de las cantidades a que asciendan los honorarios presupuestados por el letrado y procurador, con identificación de los procedimientos de que se trate, así como del objeto y cuantía estimada de cada uno de ellos.

En las bases de datos, encontramos resoluciones judiciales que autorizan a la administración concursal a percibir cantidades adicionales a las que resultan del arancel, por la intervención en procesos judiciales tramitados extramuros del concurso. Otras resoluciones conceden la autorización para abonar con cargo a la masa los honorarios de los profesionales intervinientes en estos procesos, siempre que se justifique: i) que la tramitación del procedimiento puede redundar en interés de la masa; ii) que se cuantifiquen los honorarios que se van a satisfacer, pues sólo así se puede evaluar la proporcionalidad del gasto que se pretende cargar a la masa activa. En este sentido, se pronunciaron los AAJM nº 2 de Pontevedra de 4 y 9 de enero de 2018, que estimaron justificada la petición formulada por la administración concursal, por la que se solicitaba que se considerasen créditos imprescindibles para concluir la liquidación los honorarios de letrado y de procurador derivados de los procedimientos judiciales en curso y/o futuros relacionados con recuperaciones de créditos adeudados a la concursada; AJM nº 2 de A Coruña de 8 de octubre de 2018, que estimó la solicitud del administrador concursal en quien concurría la condición de letrado para designar a otro profesional, con el objeto de ejercitar acciones judiciales fuera del concurso, por la complejidad de la acción que se pretendía entablar y la razonabilidad de la propuesta de honorarios sometida a su autorización; y el AJM nº 1 de A Coruña de 3 de marzo de 2020, que atribuye el carácter de crédito imprescindible al que se genera a favor de los profesionales encargados de la reclamación de saldos deudores, cuantificando el importe que podrá satisfacerse como pre-deducible en la misma resolución que lo autoriza. Y, tras la entrada en vigor del Texto Refundido, concede una autorización judicial de esta naturaleza el AJM nº 1 de A Coruña de 18 de septiembre de 2020, aunque supeditado a la especificación de los importes que se abonarán en concepto de honorarios, atendida la generalidad de la solicitud presentada por la administración concursal.

2.4. Crédito por prestación de servicios de asesoría fiscal y contable

Una de las solicitudes de fijación de créditos imprescindibles que se encuentra más extendida es la que pretende que se autorice el pago preferente de los gastos generados por la prestación de servicios de asesoría fiscal y/o contable de la concursada. Se trata de créditos vinculados al mantenimiento de la actividad empresarial o profesional del deudor –cfr. [art. 242.8º](#) TRLC- o que, en su caso, conectan con el buen devenir del proceso de liquidación de activos, por lo que, de

forma unánime, se reconoce su naturaleza de crédito contra la masa. Su pre-deducibilidad, en un escenario de insuficiencia de masa, precisa que el gasto contribuya, ya a la gestión y liquidación de la masa activa, ya a la obtención de numerario para el pago a los acreedores (v. apartado IV, dedicado a “La retribución de la administración concursal en los concursos con insuficiencia de masa activa”).

En algunas ocasiones, se dirige una petición al juez del concurso con el objeto de que se permita facturar por tales servicios al profesional que ha sido designado administrador concursal, si el cargo recayó en una sociedad profesional o se cuenta con la formación requerida para dar una asesoría de estas características.

Al respecto, he mantenido una postura flexible, por lo que suelo autorizar que los gastos de asesoramiento fiscal y contable de la concursada se abonen como gasto imprescindible⁹: para ello, exijo una identificación de las tareas que quedan comprendidas en este encargo profesional y una especificación de las cuantías que se van a facturar a la masa activa. Téngase en cuenta que, durante el concurso, se mantiene el deber de formular las cuentas anuales y de someterlas a auditoría de cuentas –cfr. [arts. 115 y 16](#) TRLC- y persiste la obligación legal de presentar declaraciones y autoliquidaciones tributarias –cfr. [art 118](#) TRLC-¹⁰. Como se argumentaba en la SJM nº 2 de Pontevedra de 29 de mayo de 2019, “ *que la AC sea responsable de la presentación de declaraciones y autoliquidaciones tributarias –cfr. [Art. 33, letra b\)](#) LC- no puede conllevar la obligación de confección con cargo a su peculio, pues es evidente que su función es la de velar por el cumplimiento de estas obligaciones del concursado y no de asumir el coste derivado del cumplimiento de tales obligaciones tributarias. Así se desprende del tenor del [artículo 86.3](#) LC, pues es evidente que la finalidad de esta norma es velar por la correcta determinación y reconocimiento en el concurso de los créditos de Derecho Público. Además, la cantidad propuesta en este concepto resulta proporcionada”* .

⁹ Así se acuerda en los AAJM nº 1 de A Coruña de 16 y 17 de marzo y 14 de junio de 2021.

¹⁰ La SAP de Zaragoza nº 585/2016, de 5 de diciembre, acudía al ya derogado art. 33 LC –en el que se detallaban, si bien de forma incompleta, las funciones de la administración concursal-, para concluir que la llevanza fiscal y contable de la concursada no deben ser asumidas por el profesional designado, sino que pueden generar un crédito contra la masa que, incluso, podrá abonarse como imprescindible para la liquidación: “...*tales actuaciones no estaban en aquel momento estrictamente dentro del ámbito de las funciones de la AC, incluso ahora puede dudarse que lo estén en su integridad, más allá de supervisar en caso de intervención las cuentas anuales y de su confección en caso de suspensión y de presentación de las declaraciones tributarias, no de llevanza misma de la contabilidad, sin perjuicio de que por su escasa importancia o dedicación exigida pueda realizarlo*”. El criterio es reiterado en la reciente SAP de Zaragoza nº 1055/2020, de 29 de diciembre, [Roj: SAP Z 2309/2020]. La misma conclusión anticipó la SAP de Zaragoza, Sección Quinta, nº 163/2018, de 26 de febrero, con cita de su Sentencia nº 619/2017, de 16 de octubre, en relación a los gastos de gestoría para la llevanza de nóminas y seguros sociales.

Con todo, hemos de reparar una vez más en el cambio de redacción que el Anteproyecto introduce en el [art. 86.1.1º](#) TRLC: se prohíbe que el administrador concursal o una persona especialmente vinculada al mismo perciban cualquier tipo de honorarios por actuaciones de asistencia técnica al concursado. Si consideramos que dentro de esta categoría debe incluirse la prestación de servicios de asesoría,

la regla de la exclusividad cercenará toda posibilidad de facturar por la llevanza de la contabilidad y confección de tributos; una vez más, la contrapartida para el administrador concursal brilla por su ausencia, al permanecer totalmente inalterados los preceptos que mantienen, constante concurso, los deberes de formulación de cuentas y presentación de impuestos.

3. Regla de la limitación

3.1. Topes cuantitativos a la retribución de la administración concursal

La entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal ha hecho surgir nuevas dudas relacionadas con el régimen retributivo de la administración concursal que, en especial, se ciernen sobre la regla de la limitación, como uno de los parámetros legales a los que han de acomodarse los derechos arancelarios de estos profesionales.

La reforma del [art. 34](#) LC, operada por la Ley 25/2015, supuso la inclusión de topes cuantitativos máximos a la retribución de la administración concursal. Los cambios introducidos afectaron al párrafo 1º y letras b) y c) del apartado 2 del [artículo 34](#) LC e incidieron de manera relevante en la regla de la limitación, precisamente para recoger en el [art. 34.2.b\)](#) LC la cantidad total máxima que podría percibir la administración concursal por su intervención en el concurso –que sería la menor de las dos siguientes : i) La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4 por ciento; ii) Un millón quinientos mil euros-. Sin embargo, la versión de aquella disposición, fruto de la reforma, no podía considerarse directamente aplicable para fijar los derechos arancelarios del administrador concursal pues, hasta que se aprobase el nuevo desarrollo reglamentario, la cuantificación de la retribución que podría percibir la administración concursal por su intervención en el concurso se regía por el régimen transitorio contenido en la D.T. 3ª de la Ley 25/2015. Esta disposición remitió el cálculo de la retribución de la administración concursal a lo establecido en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, con las especialidades que se preveían en el propio régimen transitorio, entre las que se encontraban los límites previstos en el [art. 34.2.b\)](#) LC.

Las cuantías que se contemplaban en aquel precepto coinciden con las que actualmente recoge el art. 86, apartado 1, nº 2, TRLC:

“ 2.ª Regla de la limitación . La cantidad total máxima que la administración concursal puede percibir por su intervención en el concurso será la menor de entre la cantidad de un millón quinientos mil euros y la que resulte de multiplicar la valoración del activo del concursado por un cuatro por ciento .

El juez, oídas las partes, podrá aprobar de forma motivada una remuneración que supere el límite anterior cuando, debido a la complejidad del concurso, lo justifiquen los costes asumidos por la administración concursal, sin que en ningún caso pueda exceder del cincuenta por ciento de dicho límite”.

La vigencia de la disposición reproducida pudiera parecer baladí, bajo el

argumento de que en la mayor parte de los concursos no se supera el límite máximo que fija la regla de la limitación, pues es absolutamente excepcional que la aplicación de la norma arancelaria arroje cifras de retribución que superen la cantidad de 1.500.000 euros. Sin embargo, el tope retributivo que, de ordinario, entrará en juego, es el segundo de los que enuncia el art. 86, apartado 1, nº 2, TRLC: la cantidad que resulte de multiplicar la valoración del activo del concursado por un cuatro por ciento. La activación de este límite puede dar lugar a resultados absurdos e injustos, si, por ejemplo, el valor de la masa activa es de cero euros, o asciende a una cifra de escasa cuantía, pues la aplicación del porcentaje del cuatro por ciento dará como resultado unos honorarios de cero euros o de una cuantía prácticamente inexistente.

Por ello, no es admisible una aplicación tan estricta y rigorista de la regla de la limitación, que conduzca a la administración concursal a trabajar a gratuidad, lo que así sucedería en un concurso en el que la masa activa asciende a cero euros, si se asumiese una lectura literal del art. 86, apartado 1, nº 2, TRLC. La solución a este tipo de supuestos la encontramos en la facultad de moderación – también al alza y no sólo a la baja-, concedida al juez del concurso, ante la concurrencia de justa causa, y ello con amparo en el [art. 88](#) TRLC (“*en cualquier estado del procedimiento, el juez, de oficio o a solicitud del concursado o de cualquier acreedor, podrá modificar la retribución fijada, si concurriera justa causa, con aplicación del arancel*”). Así, acudiendo a esta facultad moderadora, quedaría desactivado el tope del cuatro por ciento de la masa activa y la retribución global que percibiría el administrador concursal sería la resultante de la aplicación de la norma arancelaria –cfr. AAJM nº 1 de A Coruña de 30 de diciembre de 2020¹¹ y de 22 de abril de 2021, [ROJ: AJM C 1561/2021]-.

¹¹ Los motivos por los que se descarta la entrada en juego del límite legal a la retribución global que debe percibir el administrador concursal se exponen del siguiente modo: “*Resulta más que dudoso que el propósito del legislador, en el momento de introducir las limitaciones cuantitativas a la retribución que han de percibir los administradores concursales, fuese imponer actuaciones profesionales no remuneradas; la misma respuesta merece esta cuestión, si la hipótesis de partida consiste en la aplicación del límite del 4 % del valor de la masa activa a concursos con masas mermadas, cuantitativamente reducidas a límites absolutamente descompensados en su comparación con las cifras que arroja la masa pasiva del concurso. En estos casos, la respuesta ha de ser, a todas luces, clara.*”

La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la regla de la limitación como uno de los criterios rectores para la determinación de la retribución de la administración concursal no perseguía restringir o acotar derechos arancelarios que, con la aplicación del arancel, ya arrojaban cifras muy ponderadas, a la vista de las labores que se encomiendan a los administradores concursales . Se pretendía con esta limitación establecer un tope o contención para los concursos en los que las reglas de cálculo del arancel dan como resultado retribuciones cuantitativamente exorbitantes o desproporcionadas. Si éste es el propósito de la norma, no está justificado su empleo en situaciones inversas a la perseguida –aplicación de topes retributivos a las cifras que arroja el arancel cuando nos hallamos ante retribuciones no elevadas-. En estas circunstancias, sólo le queda al juez del concurso hacer uso de herramientas legales que contengan el descuido, la impericia o la torpeza del legislador, centrado con sus reformas en restringir los derechos económicos de la administración concursal y olvidando que las mismas medidas legales pueden obligarles a trabajar sin percibir retribuciones ajustadas a la relevancia y responsabilidad de las funciones que desarrollan durante el concurso”.

La

3.2. Límites a la retribución de la fase de liquidación: vigencia de la D.T. 3ª de la Ley 25/2015

Tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal, se ha cuestionado la vigencia del régimen transitorio establecido para la retribución de la administración concursal en la D.T. 3ª de la Ley 25/2015. La letra b) de esta disposición contenía la limitación de la retribución que habría de percibir la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación. Esta disposición incorporaba las reglas y límites en el cálculo de la retribución de la fase de liquidación, hasta que se produjese el desarrollo reglamentario del [artículo 27 LC](#) -inexistente hasta este momento-. Para la retribución correspondiente a esta fase del concurso, la principal especialidad en relación al régimen del arancel -cfr. artículo 9, apartado 2- consistía en la acotación de la retribución a doce mensualidades, con posibilidad de dos prórrogas trimestrales adicionales autorizadas por el juez del concurso, previa audiencia de las partes.

Por lo que respecta a la acotación temporal de la retribución de la fase de liquidación, en los términos previstos en la mencionada D.T. 3ª de la Ley 25/2015, ha de concluirse que no ha quedado derogada con la entrada en vigor del Texto Refundido. Esta especialidad referente al régimen retributivo de esta fase del concurso no se ha incorporado a la regla de la limitación que consagra el artículo 86, apartado 1, nº 2 TRLC. Ello es lógico, si se tiene en cuenta que los límites para el cálculo de la retribución de la fase de liquidación no se recogían en el articulado de la Ley Concursal y únicamente estaban previstos dentro del régimen transitorio que dispuso la D.T. 3ª de la Ley 25/2015: téngase en cuenta que la [disposición final octava](#) de la [Ley 9/2015, de 25 de mayo \(RCL 2015, 777\)](#), de medidas urgentes en materia concursal, habilitó al Gobierno para aprobar un texto refundido de la Ley 22/2003, de 9 de julio, y la limitación de honorarios analizada nunca se incorporó a las disposiciones de la Ley Concursal.

Igualmente, el mantenimiento de las limitaciones retributivas de la fase de liquidación tras la entrada en vigor del Texto Refundido es la tesis que mejor se acomoda al criterio de la Sala Primera, expresado en las [SSTS nº 349/2020, de 23 de junio, \[RJ 2020\2180\]](#) y nº 366/2021, de 27 de mayo, [\[RJ 2021\2528\]](#). En estas dos resoluciones, el Tribunal Supremo nos ofrece su interpretación en relación a la aplicación de la D.T. 3ª de la Ley 25/2015 a los concursos ya incoados con carácter previo a su entrada en vigor. Con invocación del [artículo 2.3 CC \(LEG 1889, 27\)](#) -que proscribe la aplicación retroactiva de las leyes, salvo previsión en contrario-, y de la jurisprudencia de la Sala que interpreta esta disposición, distingue entre "retroactividad auténtica" y "retroactividad impropia" y concluye que el supuesto planteado encaja en la segunda de estas dos variantes. Su argumentación pivota sobre la ausencia de afectación a los derechos adquiridos por el administrador concursal, ya que éstos se corresponden, únicamente, con los honorarios anteriores a la entrada en vigor de la D.T. 3ª. De este modo, todos los honorarios devengados a partir de ese momento constituyen una mera expectativa de cobro de unas retribuciones que se devengan mes a mes, por la función desarrollada como

administrador concursal¹².

¹² Para un análisis crítico de la postura asumida por el Tribunal Supremo en relación a la aplicación de la D.T. 3ª de la Ley 25/2015 a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor, lo cual excede de los límites de este trabajo, v. FACHAL NOGUER, N., "La retribución de la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación: el difícil ensamblaje de la STS nº 349/2020, de 23 de junio, a los concursos en tramitación", Aranzadi Digital nº 1/2020.

Asimismo, comprobamos que el precepto que ofrece la respuesta a la cuestión planteada es una norma ubicada en el Título Preliminar de nuestro Código Civil. El [artículo 2, apartado 2](#), CC, dispone que "*[l]a derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior*". Podemos distinguir los supuestos de derogación expresa y tácita, siendo esta última la que se produce por la incompatibilidad de la nueva ley con la anterior: para admitir la *voluntas abrogandi* de la nueva disposición respecto de la anterior se precisan la identidad de destinatarios de los mandatos, igualdad de materia de ambas normas y contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos –cfr. [STS de 31 de octubre de 1996, \[RJ 1996/7727\]](#) -. De este modo, la derogación tácita exige la incompatibilidad de la nueva con la antigua redacción, total o parcialmente, en función de que afecte a la integridad o a una parte de la legislación anterior -cfr. STS de 29 de septiembre de 2005, [\[RJ 2005/7190\]](#) -.

Una comprobación, tras la lectura de la Disposición Derogatoria del TRLC, permite constatar que esta norma no incluye, entre las expresamente derogadas, la D.T. 3ª de la Ley 25/2015. Ello nos obliga a examinar si se da una situación de incompatibilidad entre las disposiciones del TRLC y la previsión de la D.T. 3ª de la Ley 25/2015, en la que se contiene la limitación retributiva para la fase de liquidación.

El contraste de la nueva regulación con el régimen de la D.T. 3ª, letra b), de la Ley 25/2015 no revela ninguna contradicción que permita afirmar que ésta es contraria a la nueva norma. Por más que se pueda afirmar que esta norma transitoria se diseñó de forma "*provisional y contingente*"¹³, lo que no es asumible es que la tarea de refundición que ha dado lugar a la publicación del Texto Refundido de la Ley Concursal haya supuesto su íntegra sustitución por el mandato transitorio específico contenido en esta norma. De hecho, el régimen transitorio de la D.T. 3ª, letra b), de la Ley 25/2015 habría de aplicarse hasta que se aprobase el desarrollo reglamentario del [artículo 27](#) LC, que no se ha producido a día de hoy. Tampoco el hecho de que se haya incluido dentro del Texto Refundido de la Ley Concursal una norma transitoria, en la que se incorpora un régimen temporal especial sobre la retribución de la administración concursal, hace que el límite retributivo de la D.T. 3ª, letra b), de la Ley 25/2015 haya quedado desactivado. El régimen transitorio que prevé el TRLC quiere ser respetuoso con la tarea encomendada al refundidor que, tras incorporar el régimen jurídico de la retribución de la administración concursal en los [artículos 84](#) a [89](#) TRLC, da respuesta a la particular y problemática situación que se genera por el inexistente desarrollo reglamentario al que se supedita la entrada en vigor de algunas de las previsiones contenidas en estos preceptos -las que

quedaron afectadas por las modificaciones introducidas en los [artículos 27](#) , [34](#) y [198](#) LC por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre-

13 GONZÁLEZ NAVARRO, B.A., “La retribución de la administración concursal tras la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal: el límite anual en fase de liquidación”, El Derecho, disponible en <https://elderecho.com/pdf/articulo-blas-f-retribucion-la-administracion-concursal>.

A partir de las consideraciones expuestas, puede afirmarse que la derogación expresa es inexistente y la tácita no puede entrar en juego, si no existe incompatibilidad entre el nuevo régimen retributivo de la administración concursal y el previsto en la D.T. 3ª, letra b), de la Ley 25/2015. Por ello, las limitaciones a la retribución de la fase de liquidación contenidas en esta disposición continúan operativas y lo hacen además con las pautas interpretativas suministradas en las [SSTS nº 349/2020, de 23 de junio, \[RJ 2020\2180\]](#) y nº 366/2021, de 27 de mayo, [\[RJ 2021\2528\]](#) .

Esta cuestión ha sido analizada varias resoluciones recientes, entre las que podemos citar el AJM nº 1 de A Coruña de 9 de septiembre de 2020, [Roj: AJM C 36/2020], [AJM nº 1 de Palma de Mallorca de 25 de enero de 2021, \[JUR\2021\172484\]](#) , AJM nº 1 de A Coruña de 12 de abril de 2021, [ROJ: AJM C 1213/2021] y SSAP de Cantabria, Sección 4ª, nº 640/2020, de 20 de noviembre, y nº 443/2021, de 14 de junio. En todas ellas se considera vigente la D.T. 3ª, letra b), de la Ley 25/2015, que no se habría visto afectada por la entrada en vigor del Texto Refundido.

Las anteriores resoluciones anticiparon la postura que finalmente ha asumido el Tribunal Supremo en su reciente [Sentencia nº 639/2021, de 28 de septiembre, \[JUR 2021\305802\]](#) , pues, en ella, se concluye que la D.T. 3ª de la Ley 25/2015 no ha quedado derogada con la entrada en vigor del Texto Refundido. Esta disposición no aparece mencionada expresamente en la enumeración contenida en el apartado 2 de la [disposición derogatoria única](#) del RDLeg nº 1/2020, de 5 de mayo, a lo que añade el siguiente argumento para descartar que opere el instituto de la derogación tácita:

*“ Por lo que mientras no se altere el régimen legal vigente (arts. 27 , 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, en la redacción anterior a la entrada en vigor de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre), con la aprobación del reseñado reglamento, **no cabe considerar tácitamente derogada la DT3ª Ley 25/2015** . Y de hecho es muy significativo que entre las normas derogadas que se mencionan en el listado del apartado 2 de la [disposición transitoria única](#) del RDLeg 1/2020, de 5 de mayo, se haga expresa mención, en la letra u), al artículo 1 y a la disposición transitoria primera de la Ley 25/2015, y no se mencione la disposición transitoria tercera” .*

4. Regla de la eficiencia

4.1. El devengo de la retribución de la administración concursal: la aparente antinomia entre el artículo 87, apartado 2, TRLC y la regla de la eficiencia

El [art. 87, apartado 2](#) , TRLC establece que el auto en el que se fije la retribución de la administración concursal habrá de establecer “*los plazos en que la retribución deba ser satisfecha, conforme al arancel. El devengo del crédito se producirá al vencimiento de cada uno de los plazos*”.

Decíamos al inicio de este trabajo que la normativa concursal regula de forma detallada y exhaustiva, bien directamente o por remisión a la norma reglamentaria, todo lo relativo a las bases de cálculo que han de emplearse para la cuantificación de la retribución de la administración concursal. Asimismo, todo lo referente a los hitos a los que se supedita el nacimiento de este crédito está pre-determinado normativamente. Ello es lógico, si se tiene en cuenta su naturaleza de crédito contra la masa, cuyo pago es materializado y atendido por quien es su titular, ya que el administrador concursal se encarga de abonar los créditos reconocidos en el concurso, aunque en la ejecución de esta operación deba respetar el orden de prelación previsto en la ley. En concreto, la satisfacción de este crédito deberá sujetarse al criterio del vencimiento –cfr. [art. 245.2](#) TRLC-, a salvo los supuestos en que se haya producido la comunicación de insuficiencia de masa y pase a regir el orden de prelación recogido en el [art. 250.1](#) TRLC; en este último caso, gozará de la pre-deducibilidad absoluta la porción de la retribución de la administración concursal a la que se reconozca la condición de “*crédito contra la masa que sea imprescindible para concluir la liquidación*”, aunque la subsunción en esta categoría dependerá de la resolución que dicte el juez del concurso (*v. infra*).

Pues bien, el [art. 87.2](#) TRLC, *ut supra* reproducido, dispone que el devengo del crédito retributivo que titula la administración concursal se producirá al vencimiento de los plazos que fije la correspondiente norma arancelaria. El auto del juez del concurso que fije la concreta retribución que ha de percibir el administrador concursal por su intervención en las distintas fases del concurso debe ser respetuoso, como no puede ser de otro modo, con el arancel. Al tiempo, en un concurso en el que existan activos suficientes para el pago de todos los créditos contra la masa, la regularidad en el pago de los honorarios vendrá condicionada por el previo vencimiento del crédito; de lo contrario, el profesional podrá arriesgarse al reintegro de las sumas indebidamente percibidas por aquel concepto, como consecuencia de la indebida postergación de otros créditos de vencimiento preferente.

A partir de las consideraciones anteriores se comprende la relevancia de la que goza la fijación de la fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a los honorarios de la administración concursal. Al respecto, la Sala Primera –v. Sentencias nº 391 y nº 392/2016, de 8 de junio, nº 629/2016, de 25 de octubre, nº 169 y [nº 170/2017, de 8 de marzo, \[RJ 2017\698\]](#) , nº 226/2017, de 6 de abril, y nº 119/2019, de 26 febrero, [\[RJ 2019\630\]](#) , entre otras- ha suministrado una serie de parámetros interpretativos, con distinción de la fase del concurso a la que corresponden los honorarios devengados, lo que ha dotado de cierta uniformidad a una cuestión que había recibido respuesta dispar por parte de nuestros Juzgados y Tribunales. Según el Tribunal Supremo, el vencimiento se hace depender de la

prestación efectiva de los servicios en cada una de las fases del concurso, mientras que los hitos temporales que producirán el vencimiento del crédito son los previstos en el Real Decreto 1860/2004: en cuanto a la retribución correspondiente a la fase común, para el primer cincuenta por ciento, la fecha se corresponde con el quinto día siguiente a la de firmeza del auto que la fija, en tanto que el vencimiento del crédito por la cantidad restante se producirá al quinto día siguiente a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común o resolución equivalente; en las fases de convenio y liquidación, acaecerá por meses vencidos, el quinto día posterior a cada mensualidad, salvo que el juez, por causa justificada y razonada, altere dichas fechas en relación a concretos servicios ya prestados.

El Texto Refundido regula de forma independiente el vencimiento del crédito por honorarios de la administración concursal. En el borrador del Texto Refundido, se había suprimido la referencia legal al devengo de la retribución conforme al cumplimiento de las funciones previstas en el derogado [art. 33 LC](#) –cfr. [art. 34.2.d\) LC](#)–, lo que se valoraba positivamente. Sin embargo, la mención legal al devengo, conforme se vayan cumpliendo las funciones encomendadas, reaparece al regular la regla de la eficiencia: en el [art. 86.1.3º TRLC](#) se dispone que la retribución de la administración concursal se devengará “ *conforme se vayan cumpliendo las funciones atribuidas por esta ley y el juez del concurso*”.

La eficiencia ya se contemplaba en el [art. 34.2.d\) LC](#)¹⁴, en el que se establecía que “ *la retribución de la administración concursal se devengará conforme se vayan cumpliendo las funciones previstas en el artículo 33*”. La doctrina se mostró crítica con aquel precepto, de cuya lectura parecía desprenderse una postergación de la fecha de devengo de la retribución, que mayoritariamente se había fijado en la fecha de aceptación del cargo. En suma, la regla de eficiencia, en su configuración normativa –y que, como decimos, se reproduce en el [art. 86.1.3º TRLC](#)–, implica una posposición del devengo de la retribución al cumplimiento sucesivo de las funciones encomendadas al administrador concursal.

¹⁴ Este precepto fue modificado por el artículo único.10 de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, aunque se disponía que esta modificación entraría en vigor cuando se aprobase su desarrollo reglamentario, según establecía la disposición transitoria 2 de aquella Ley.

La aparente antinomia existente entre los [arts. 87.2](#) y [art. 86.1.3º TRLC](#) debe resolverse haciendo prevalecer la previsión contenida en la primera de estas disposiciones. De este modo, el devengo del crédito retributivo tendrá lugar al vencimiento de cada plazo, por dos razones: i) el [art. 87.2 TRLC](#) es norma específicamente dedicada al vencimiento del crédito de la administración concursal; y, ii) este precepto se remite a la norma reguladora de la retribución, que es el arancel, mientras que el [artículo 86.1.3º TRLC](#) se presenta como una norma inconcreta, a lo que se une la dificultad añadida que conllevaría fijar el devengo de los derechos retributivos en función de cada una de las actuaciones que vaya acometiendo la administración concursal.

En todo caso, conviene tener presente que la regulación del principio de eficiencia, tal y como se configura en el [art. 86.1.3º TRLC](#), adquirirá vigencia cuando

se produzca el desarrollo reglamentario previsto en la D.T. 2ª de la Ley 17/2014, por preverlo así la D.T. Única TRLC¹⁵.

¹⁵ El AAP de Madrid nº 169/2017, de 27 de octubre, [\[JUR_2018/34670\]](#), rechazó la pretensión de revisión de la retribución de la administración concursal, fundada en la ineficiente ejecución de sus cometidos durante la tramitación del concurso, que se sustentaba en el principio de eficiencia. En esta resolución se aludía a la falta de vigencia de la norma con la que se pretendía dar cobertura a la reducción de la retribución del administrador concursal, por lo que esta “ *pretensión revisora* ” ejercitada se basaba en unas prerrogativas judiciales carentes de vigencia.

4.2. La eficiencia como factor modulador de la retribución de la administración concursal

A. Regulación en el Texto Refundido de la Ley Concursal

La regla de la eficiencia se enuncia y desarrolla en el nº 3 del apartado 1 del [artículo 86](#) TRLC. La retribución inicialmente fijada podrá ser reducida por el juez de manera motivada por el incumplimiento de las obligaciones impuestas a la administración concursal, por el retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones o por la deficiente calidad de los trabajos efectuados. A continuación se dispone que:

“Si el retraso excediera en más de la mitad del plazo que deba observar, o se incumpliera el deber de información de los acreedores, el juez deberá reducir la retribución, salvo que existan circunstancias objetivas que justifiquen ese retraso o que la conducta del administrador hubiese sido diligente en el cumplimiento de las demás funciones.

Se considerará que la calidad del trabajo es deficiente cuando se resuelvan impugnaciones sobre el inventario o la relación de acreedores en favor de los demandantes en proporción igual o superior al diez por ciento del valor del inventario provisional o del importe de la relación provisional de acreedores presentada por la administración concursal. En este último caso, el juez deberá reducir la retribución, al menos, en la misma proporción que la modificación, salvo que concurran circunstancias objetivas que justifiquen esa valoración o ese importe o que la conducta del administrador hubiese sido diligente en el cumplimiento de las demás funciones”.

Es importante tener en cuenta que el incumplimiento de los deberes de información de los acreedores se subsume en el párrafo 2º del [art. 86.1.3º](#) TRLC, por lo que se le dispensa el mismo tratamiento que al retraso en más de la mitad del plazo que debe observar la administración concursal en cualquiera de sus cometidos. En el [artículo 34, apartado 2, letra d\)](#), LC, al regular la regla de eficiencia, se incluía como uno de los supuestos de trabajo “ *deficiente* ” de la administración concursal el incumplimiento de cualquier deber de información a los acreedores. En el Texto Refundido, el incumplimiento del deber de información generará una reducción de los derechos retributivos de la administración concursal, que sólo podrá eludirse por la valoración de la actitud diligente del administrador en

el cumplimiento de sus restantes funciones. Por tanto, en caso de desatención de obligaciones informativas no se tendrá en cuenta la trascendencia o relevancia que pudo tener el incumplimiento de este deber para los acreedores y así tendrá lugar la imposición de la “ *sanción* ” de índole retributiva, a salvo el supuesto exoneratorio que expresamente habrá de motivar el juez del concurso.

Resulta llamativa la última de las presunciones *juris tantum* establecidas en relación a la defectuosa ejecución de los trabajos acometidos por la administración concursal. Así, la estimación de impugnaciones del inventario o de la lista de acreedores en proporción igual o superior al diez por ciento del valor del inventario provisional o del importe de la relación provisional de acreedores obligará al juez del concurso a realizar un especial esfuerzo argumentativo para que no se proceda a la reducción retributiva en el porcentaje señalado en aquel precepto. Nuevamente, como ya hacía el [art. 34.2](#) LC, se ignoran las habituales discrepancias interpretativas, o netamente jurídicas, que tienen su canalización natural en los incidentes de impugnación del inventario y de la lista de acreedores: en numerosas ocasiones, su estimación no guarda relación alguna con una defectuosa calidad de los trabajos acometidos por la administración concursal, sino que es fruto de la asunción de un determinado criterio legal por parte del juez del concurso. Por ello, la presunción legal del último inciso del [art. 86.2.3º](#) TRLC causa cierta perplejidad, no sólo por su evidente alejamiento de la realidad viva de los juzgados, sino por su indiscutible severidad, a la que no encuentro una justificación razonable.

A continuación, conviene introducir algunas precisiones útiles para distinguir entre la minoración de retribución inicialmente fijada, con cobertura legal en la regla de la eficiencia, y la moderación de la retribución definitiva de la administración concursal por “ *justa causa* ”.

El [art. 88](#) TRLC habilita al juez del concurso para la modificación de la retribución fijada, si concurriera justa causa, aunque lo supedita a la estricta aplicación del arancel. Varias resoluciones judiciales se han postulado en contra de la posibilidad de minorar la retribución de la administración concursal invocando para ello razones de equidad o de oportunidad; idéntico criterio se ha asumido para aquellos casos en que la reducción de honorarios pretende sustentarse en la escasa complejidad de las actuaciones acometidas por el administrador concursal. En este sentido se han pronunciado los AAP de Madrid de 21 de julio de 2017, [[JUR 2017/251106](#)] , de 29 de septiembre de 2017, [ROJ: AAP M 4569/2017], -con cita de su Auto nº 104/2017, de 16 de junio - y [nº 168/2017, de 27 de octubre, \[JUR 2018/35156\]](#) : estas resoluciones consideran que la labor del juez del concurso se circunscribe a la aplicación de fórmulas legales fijas, que no permiten más margen que el reconocido en la norma arancelaria . A favor de la misma tesis se posiciona la reciente SAP de Murcia nº 131/2021, de 11 de febrero, [[JUR 2021\130905](#)] , que no admite la modulación judicial fuera de los parámetros arancelarios, bajo la cobertura de supuestas razones de proporcionalidad y de equidad:

“Se rechaza, en definitiva, la tesis que subyace en el recurso según la cual el juez del concurso puede prescindir o modular el arancel para fijar a la AC la cantidad que

considera justa, razonable, equitativa y proporcionada al trabajo efectivamente realizado, sin que el art 12 del RD 18620/2004 habilite a ello. Carece de la mínima lógica que el legislador prevea un sistema tasado para cuantificar la retribución de la AC – con el fin de dotar de seguridad y certeza a esta cuestión-, y, después permita su alteración porque el resultado arrojado no se considera equitativo, razonable y proporcionado al trabajo efectivamente realizado”.

Por otra parte, la exigencia de seguridad jurídica, de la que es expresión la fuerza de cosa juzgada de las resoluciones judiciales firmes, impide una modificación sobrevenida de la retribución ya cuantificada por resolución judicial cuando, con este propósito, se pretende hacer uso de la facultad de moderación por justa causa y se invocan hechos o circunstancias ya conocidas y consentidas, que no se adujeron tempestivamente.

Comparto la postura asumida en estas resoluciones, que fortalecen la seguridad jurídica, al descartar con rotundidad que el juez del concurso pueda emplear criterios no previstos en la norma para minorar la retribución de la administración concursal. En otras ocasiones me he referido al recrudecimiento que ha experimentado la posición de la administración concursal y a los motivos que han conducido a esta injustificada circunstancia¹⁶. Sin duda, las razones enlazan con casos graves, pero aislados, de falta de profesionalidad de determinados administradores concursales; pueden citarse algunos supuestos enjuiciados, entre ellos los de posposición injustificada de créditos que gozaban de una mejor posición en el orden de prelación concursal –cfr. [STS nº 390/2016, de 8 de junio \(RJ 2016, 2341\)](#) -; moderaciones de derechos arancelarios de alguno de los integrantes de una administración concursal trimembre, amparadas en “*justa causa*”, y motivadas por la indolencia del profesional afectado por la minoración retributiva –cfr. [STS nº 459/2016, de 5 de julio \(RJ 2016, 2899\)](#) -; ceses en el cargo y desaprobaciones de rendiciones de cuentas provocadas por actuaciones absolutamente reprobables, como las evaluadas en la SJM nº 8 de Madrid de 16 de noviembre de 2012, [Roj: SJM M 80/2012], en la que el juez del concurso consideró acreditado que el administrador concursal había percibido determinadas sumas simulando la firma de los administradores sociales de la concursada.

¹⁶ FACHAL NOGUER, N., “Propuesta de cambio de paradigma: Desde los estímulos negativos a los estímulos positivos para el desempeño del cargo de administrador concursal”, Diario La Ley nº 9635/2020.

Entonces sugerí que tal vez debiera afrontarse definitivamente un imprescindible cambio de paradigma que, de la mano de las necesarias medidas legales y reglamentarias, lograrse recuperar la dignidad arrebatada a la administración concursal y pusiera fin al proceloso camino por el que esta profesión ha discurrido desde hace ya algún tiempo. Lo cierto es que, inexplicablemente, seguimos a la espera de la puesta en marcha de una cuenta de garantía arancelaria, a pesar de que el Texto Refundido persevera en la previsión –convertida en programática- de que habrá de garantizarse un “*mínimo retributivo*” en los concursos con insuficiencia de masa activa –v. gr. [artículo 86.2](#) TRLC-; la misma declaración de

intenciones se mantiene en la versión de este precepto que nos ofrece el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido.

El endurecimiento de las condiciones de trabajo es a día de hoy irrefragable, pues en la práctica de los Juzgados de lo Mercantil los administradores concursales han de moverse habitualmente entre concursos liquidatorios, con masas mermadas o casi inexistentes, en los que la expectativa de cobro de honorarios depende del criterio más o menos laxo que tenga el juez al que se haya turnado el concurso sobre la noción de crédito imprescindible para la liquidación. Al menos, en aquello que pueda mantenerse objetivado, hagámoslo. La aplicación del arancel no es otra cosa que la herramienta puesta en manos del juez del concurso para retribuir el trabajo de la administración concursal, en cada una de las fases del concurso. Por supuesto, los reproches que puede merecer a día de hoy un arancel fijado por un Real Decreto de 6 de septiembre de 2004 –nº 1860/2004- son lícitas. Mas la visión crítica con la que nos aproximamos a esta norma, ya obsoleta, no nos habilita, como meros aplicadores del ordenamiento jurídico, para corregirla o reinterpretarla libremente; ello nos convertiría, como jueces del concurso, en verdaderos calibradores de la magnitud y complejidad de las funciones acometidas por la administración concursal en cada procedimiento, aunque ¿bajo qué parámetros objetivos, si nos despojamos del arancel?

B. Regulación en el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia

El Anteproyecto aprovecha la ocasión para reformular la regla de la eficiencia que pasa, además, a reubicarse en el [art. 86.1.4º](#) TRLC. En este precepto, se mantiene la referencia legal al devengo de la retribución de la administración concursal conforme se vayan cumpliendo las funciones atribuidas por la ley y el juez del concurso (v. epígrafe 4.1). Del mismo modo que ocurre con el actual [art. 86.1.3º](#) TRLC, se mantienen los incentivos negativos -cuya destinataria es la administración concursal- y, de nuevo, adoptan la forma de afectación de sus derechos económicos, en lo que se ha entendido normativamente como un mecanismo idóneo para potenciar la buena marcha del concurso. A continuación, se introducen en el Anteproyecto nuevos parámetros que habrán de tenerse en cuenta para la determinación de la retribución, vinculándolos a la eficiencia que debe guiar la actuación de la administración concursal. A la espera del desarrollo reglamentario que se dé a esta regla de determinación de la retribución¹⁷, se explicitan los factores que serán relevantes para su cuantificación:

¹⁷ Recordemos que la D.A. 1ª del Anteproyecto fija el día 17 de julio de 2022 como fecha límite para que el Gobierno apruebe el Reglamento de la administración concursal, en el que se establecerá el acceso a la actividad, el nombramiento de los administradores concursales y su retribución.

- Celeridad y agilidad del procedimiento concursal . Los parámetros moduladores podrán referirse, entre otros, a la pronta ejecución del plan de liquidación, a la transmisión de unidades productivas o a la realización de los bienes y derechos en

liquidación por un valor superior al porcentaje determinado reglamentariamente del valor definitivo de los mismos.

- Reducciones de la retribución . Se harán depender, como ya preveía el [art. 86.1.3º](#) TRLC, de un incumplimiento de obligaciones, de un retraso en su cumplimiento o de la calidad deficiente de los trabajos del profesional interviniente. Para su valoración y comentario, nos remitimos al epígrafe precedente, pues son extrapolables a la nueva regulación las consideraciones que se han realizado en torno a la eficiencia, en su versión actual. Igualmente interesante es prestar atención a la regla de la duración del concurso, que examinaremos a continuación, y en la que se harán algunas apreciaciones adicionales sobre los elementos normativos que permiten recortar los derechos económicos de la administración concursal.

5. La regla de duración del concurso

En el [art. 86.1.3º](#) TRLC –versión Anteproyecto- se introduce una novedosa y desconcertante regla de determinación de la retribución de la administración concursal, asociada a la duración del concurso. Es curiosa la percepción que los autores de la reforma semejan tener de las causas que provocan la superación de los plazos óptimos de duración de los concursos. Lo que se trasluce, a la vista de la incorporación y regulación de esta regla retributiva, es la permanente sospecha que sobrevuela a los profesionales de la administración concursal: a la reducción de sus derechos económicos, que ya se ha consolidado en nuestro Derecho Concursal, debido a la asunción obligatoria de algunos costes ordinarios de la tramitación del concurso, se une ahora otra minoración basada en la falsa creencia de que los retrasos en los concursos son fruto de la indolencia de aquellos profesionales. Quienes trabajamos en los juzgados, y tenemos la visión, se nos permitirá decir, “privilegiada”, que nos ofrece esta singular atalaya, sabemos que en la inmensa parte de las ocasiones las causas de estas demoras son el colapso judicial o una coyuntura vinculada al funcionamiento de la oficina judicial –usualmente, bajas no cubiertas de funcionarios de la Administración de Justicia, sobrecarga de trabajo, plantillas infradotadas por la Administración competente-. Además, en las liquidaciones concursales, no pueden soslayarse las razones de oportunidad, que aconsejan ajustar los tiempos de liquidación de determinados eventos o contingencias, como las fluctuaciones de precios de mercado, pues de ello suele depender la maximización del valor de los activos que, convertidos a metálico, se destinan al pago a los acreedores. Estas y otras vicisitudes de lo más variopintas aparecen con frecuencia en los concursos y con ellas hemos de lidiar quienes intervenimos en el procedimiento concursal: individualizar todos los males que provocan las dilaciones en los juzgados en una clase de los profesionales que colaboran en el concurso, en este caso, los administradores concursales, constituye una visión incorrecta, sesgada y simplista de nuestra práctica concursal.

Tras la lectura del [art. 86.1.3º](#) TRLC, y con las consideraciones que se acaban de realizar, sólo puedo mostrar mi desacuerdo con una previsión de estas

características que, nuevamente, pone en el objetivo a un cuerpo de profesionales que lleva ya un tiempo desamparado, a causa del rumbo que han tomado las reformas de su estatuto jurídico.

Tal vez reflexiones como éstas puedan servir para que la norma desaparezca, o se atempere, en la versión definitiva. Sin duda, es lo que esperamos, aunque, por ahora, lo que corresponde es suministrar algunas explicaciones sobre el funcionamiento de la regla de duración de concurso. En este precepto, se prevén minoraciones porcentuales de los derechos retributivos de este órgano del concurso, en función de la extensión temporal de las distintas fases del procedimiento:

- Fase común . Si excede en su duración de los seis meses, la retribución de la administración concursal aprobada para esta fase, será reducida en un cincuenta por ciento. Para contener su automaticidad, se faculta al juez del concurso para que, de manera motivada, pueda inaplicar esta rebaja, aunque deberá justificar que existieron circunstancias objetivas que justificaron ese retraso o que la conducta del administrador fue diligente en el cumplimiento de las demás funciones.

- Fase de convenio: Si excede en su duración de los seis meses, la retribución de la administración concursal aprobada para esta fase, será reducida en un cincuenta por ciento. Nuevamente, se habilita al juez del concurso para dejar sin efecto esta reducción de honorarios, siempre que motive que concurrió alguna de las circunstancias que permiten exonerar al administrador, y que resultan coincidentes con las de la fase común.

La letra c) del citado apartado dispone que “ *cuando la **fase de liquidación** exceda de seis meses, la retribución del administrador se reducirá en, al menos, un 50 por ciento* ”. La pregunta que nos hacemos es la siguiente: ¿se trata de una reducción que opera automáticamente o se precisa que el juez del concurso evalúe las circunstancias que contribuyeron a dilatar la tramitación del procedimiento, como ocurre con la minoración de la retribución de fase común y de convenio?

La tesis que aquí se sostiene exige reformular, por vía de interpretación correctora, la regla de duración del concurso que se recoge en el [art. 86.1.3º](#) TRLC. Hemos visto que las reducciones que se contemplan en este precepto para los supuestos de prolongación de la fase común y de convenio se supeditan a la existencia de algún factor de imputabilidad en la conducta del administrador concursal. Sin embargo, no se hace lo mismo para la fase de liquidación, pues la minoración –del 50 % de la retribución- es automática, si esta fase se dilata por más de seis meses.

No es admisible hacer una lectura tan literal de esta disposición, hasta el punto de convertir la reducción de honorarios en un efecto indisolublemente asociado a la demora en la liquidación: la naturaleza claramente restrictiva de derechos de que goza la regla de la duración del concurso exige introducir un título de imputación subjetiva –el dolo o la culpa- en la conducta del administrador concursal causante

del retraso en la tramitación procedimental. Como argumento de refuerzo de la postura que defendemos, puede traerse a colación el citado [art. 86.1.4º](#) TRLC, en el que se regula la regla de la eficiencia, y que contempla la posibilidad de reducir la retribución inicialmente fijada por el retraso atribuible a la administración concursal en el cumplimiento de sus obligaciones: la novedad se halla en la continuación del procedimiento concursal por más de doce meses, lo que conlleva una moderación de honorarios. Aunque es cierto que esta minoración sólo quedará desactivada si el administrador concursal demuestra que el retraso no le resulta imputable, o que existieron circunstancias objetivas que justificaron ese retraso –lo que supone imponerle la carga de la prueba de los hechos de trascendencia exculpatoria al profesional-, lo relevante es que se contemplan factores que pueden librarle de la aplicación del precepto, ya por la ruptura del nexo de causalidad, ya por ausencia de un criterio de imputación.

Por otra parte, conviene tener presente que, tratándose de la fase de liquidación, se dispone que la disminución afectará a toda la retribución que haya de percibir el administrador concursal. Parece que la voluntad del legislador es clara, dado que, para la fase común y de convenio, la merma de honorarios queda acotada a los que haya de percibir el profesional por su intervención en cada una de estas dos fases. Nuevamente, se hace necesaria una lectura más laxa de la disposición analizada, si tenemos en cuenta su talante sancionador. En suma, únicamente habrá lugar a la reducción de la retribución de la fase de liquidación si ésta se prolonga por más de seis meses y ello a causa de una actuación –activa u omisiva- imputable al administrador. De concurrir este elemento de imputación causal, será procedente la moderación a la baja de los honorarios, pero, como es lógico, acotada a los de la fase de liquidación, pues esta fase fue la que se demoró indebidamente.

IV. LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN LOS CONCURSOS CON INSUFICIENCIA DE MASA ACTIVA

1. Los honorarios de la administración concursal como “crédito imprescindible para [concluir] la liquidación”

Las SSTS nº 390/2016, de 8 de junio, y [nº 226/2017, de 6 de abril \(RJ 2017, 2671\)](#), [ROJ: STS 1388/2017], encomendaron al juez del concurso, mediante una resolución que debía revestir forma de auto, la fijación de los créditos que merecían la calificación de imprescindibles para la liquidación. En un concurso con insuficiencia de masa, la atribución de esta condición a determinados créditos permitía su abono preferente, sin sujeción al orden de prelación que en aquel entonces se recogía en el [art. 176 bis, apartado 2](#), LC.

Con el Texto Refundido, el [art. 250](#) TRLC regula el orden de pago de los créditos contra la masa que habrá de seguirse en los supuestos de insuficiencia de masa activa. El apartado 2 de este precepto exceptúa, anteponiéndolos al orden legal de prelación, a *“los créditos contra la masa que sean imprescindibles para la liquidación”*. Por ello, como ya ocurría con la Ley Concursal, será esencial

determinar los derechos retributivos de la administración concursal que pueden tener encaje en este concepto: de ello dependerá que se antepongan en su pago al resto de créditos contra la masa reconocidos en el concurso.

La [STS nº 390/2016, de 8 de junio \(RJ 2016, 2341\)](#) , ya citada, reflexionaba sobre la falta de concreción de la categoría de “ *créditos imprescindibles para concluir la liquidación* ”, por lo que consideró 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” . Idéntico criterio se expresó en otras posteriores, v. [SSTS de 9 de abril de 2019, \[RJ 2019\1380\]](#) , 6 de marzo de 2020 , [\[RJ 2020\762\]](#) , y [15 de septiembre de 2020, \[RJ 2020\3271\]](#) ; en estas resoluciones, la Sala perfiló algunos de los aspectos de la comunicación y de los créditos que podrían ser satisfechos como imprescindibles, en función de las circunstancias del concurso.

Todas ellas incidieron en que no existía un criterio uniforme para la concreción de la categoría de “ *gastos imprescindibles para [concluir] la liquidación* ”. Tampoco encontramos una respuesta unívoca en el Texto Refundido, que delimite normativamente este concepto, ni se explicitan unos parámetros para decidir qué tipo de créditos podrán satisfacerse con tal carácter. A partir del dictado de la [STS nº 390/2016, de 8 de junio, \[RJ 2016/2341\]](#) , los Juzgados de lo Mercantil fueron perfilando una noción de “ *crédito imprescindible* ”, que generalmente se vinculó a la esencialidad del gasto para el buen fin de las operaciones liquidatorias. Eso sí, con suerte diversa para los administradores concursales en lo atinente a la configuración de su retribución como pre-deducible: en muchos casos, el criterio del órgano judicial fue excesivamente restrictivo, pues obligaba al profesional a justificar su solicitud mediante la conversión a metálico de sus actuaciones; en la mayor parte de las ocasiones, ello provocaba la merma de sus derechos económicos, debido a las dificultades inherentes a una motivación de tales características¹⁸. Esta línea fue la seguida en la SAP de Salamanca nº 458/2017, de 17 de octubre, SAP de Cantabria de 15 de junio de 2017, [ROJ: SAP S 435/2017], y SAP de Cádiz nº 343/2017, de 26 de junio, que se mostraron a favor de una justificación individualizada y cumplida para cada actuación que se reputaba imprescindible; de omitirse esta exigencia, el administrador concursal debería reintegrar a la masa activa las cantidades indebidamente percibidas, que deberían destinarse al pago de los créditos contra la masa conforme al orden legal de prelación, al tiempo que los honorarios de la administración concursal quedaban ubicados dentro del número 5º del [art. 176 bis, apartado 2](#) , LC.

18 Esta cuestión se analiza en la SAP de Zaragoza de 29 de diciembre de 2020, (ROJ: SAP Z 2309/2020):“ Respecto al criterio empleado por esta Sala para su cálculo en concreto, son reiteradas las resoluciones que fijan una valoración a los concretos actos de la AC que tienen a obtener numerario para el pago de los gastos contra la masa y la conclusión del concurso. Existen otros criterios, la Sala los conoce, pero todos ellos presentan el mismo problema: imponen al órgano judicial un razonamiento subjetivo y estimativo acerca del hecho de qué concretos actos son necesarios para la liquidación y su traducción a una compensación por ello. La fijación de una concreta suma por cada acto relevante e indispensable para la liquidación realizada permite cohonestar la entidad de la concreta actividad realizada con su importancia para la liquidación y permiten, a juicio de esta Sala, una traducción más justa o equitativa al papel de la AC en cada concreta liquidación de bienes frente a una fijación porcentual de los honorarios aséptica y sin incidencia en las circunstancias del caso concreto. En este caso, creemos que el modelo que seguimos es mas conforme con el principio de motivación de las resoluciones judiciales (art. 218 LEC) y con la seguridad jurídica y la transparencia que ha de imponerse a la AC, quien con una explicación detallada de los concretos esfuerzos realizados para liquidar la masa, valorándolos económicamente, dentro de los límites de sus totales honorarios de liquidación, puede ilustrar a la Sala que es legítima en este tipo de operaciones tanto en el concreto esfuerzo empleado, como en la relevancia o no de lo conseguido para la terminación o conclusión de la liquidación”

Así, bajo el régimen del [artículo 176 bis](#) LC, los honorarios de los administradores concursales podían incluirse en la categoría de “ *créditos imprescindibles para concluir la liquidación* ” en función de la tesis más o menos laxa que mantuviese a este respecto el juez del concurso. En este sentido, algunas resoluciones judiciales incidieron en el papel esencial que desarrollan aquellos profesionales, como colaboradores del juez del concurso y gestores de intereses ajenos, para dar cabida a los derechos arancelarios de los administradores concursales dentro del cajón de la pre-deducibilidad en un escenario con insuficiencia de masa. Se argumentaba que carecía de sentido que este órgano del concurso tuviese que afrontar el coste de actuaciones imprescindibles para que los acreedores pudiesen percibir sus créditos contra la masa. Bajo estas premisas, se concedió la condición de crédito imprescindible a la totalidad o a una porción de la retribución correspondiente a la fase de liquidación; incluso pueden localizarse en las bases de datos determinadas resoluciones judiciales que atribuían idéntico carácter a la retribución devengada por la administración concursal por su intervención en la fase común del concurso –cfr. AJM nº 13 de Madrid de 24 de enero de 2020-.

Sin embargo, la falta de mención a la retribución de la administración concursal, que constatamos tras la lectura del [art. 250](#) TRLC, no deja clara cuál es la tesis que se asume por el refundidor. Las distintas versiones que ha presentado este precepto en los sucesivos borradores del Texto Refundido, y en la norma finalmente publicada, pueden darnos alguna pista en relación a esta cuestión, no exenta de polémica.

2. Posición del crédito por honorarios de la administración concursal en el orden de prelación del artículo 250 TRLC

En la Ley Concursal, la generalidad de que adolecía la categoría de “ *gastos imprescindibles para concluir la liquidación* ” suscitó una intensa polémica acerca de la posible subsunción de la totalidad o de una fracción de la retribución de la administración concursal en esta categoría, de lo que se hacía depender que el

administrador concursal pudiera hacerse pago de sus honorarios con el carácter de pre-deducibles. La disparidad de criterios se hacía extensiva a la determinación de la categoría del [art. 176 bis, apartado 2](#), LC en la que debería incluirse la retribución de la administración concursal que no pudiera ser catalogada como “*gasto imprescindible para concluir la liquidación*”, pues la falta de mención explícita de este crédito dentro de la enumeración establecida por el precepto para los supuestos de insuficiencia de masa activa generaba dudas acerca de su calificación como “*crédito por costas y gastos judiciales del concurso*” (nº 4) o bien si su integración habría de producirse en la categoría residual de otros créditos contra la masa del nº 5 del [artículo 176 bis, apartado 2](#), LC.

Buena parte de este debate se vio superado una vez que el Tribunal Supremo se decantó por ubicar los honorarios de la administración concursal en el grupo residual del nº 5 del [artículo 176 bis, apartado 2](#), LC. Así lo aclaró la [STS nº 390/2016, de 8 de junio, \[RJ 2016/2341\]](#), al analizar cuál era la posición que ocupaban los honorarios de la administración concursal dentro de las cinco categorías de créditos contra la masa enumeradas en el artículo 176 bis, apartado 2, LC. La Sala Primera consideró determinante que esta disposición no realizase una mención expresa a los gastos de administración –categoría en la que encajaban los derechos arancelarios de la administración concursal-, por lo que la retribución de estos profesionales no podía asimilarse a los créditos por costas y gastos judiciales del apartado 4º –referente a los “*gastos de justicia*”-. En efecto, los gastos de justicia “*son tanto los indispensables para el desarrollo del procedimiento (gastos de la solicitud, de la declaración, de la publicidad, de celebración de la junta de acreedores, etc.), como los derivados de incidentes concursales, e incluso de costas y gastos ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores en los juicios que, en interés de la masa, inician o continúan de acuerdo con la propia Ley*”, en tanto que los “*gastos de administración*” comprenden los honorarios de la administración concursal y de sus auxiliares. Si estos derechos retributivos no podía encuadrarse en ninguna de las cuatro primeras categorías de créditos contra la masa que se enumeraban en el [artículo 176 bis 2](#) LC, habrían de quedar subsumidos en la categoría residual del nº 5.

En un escenario de insuficiencia de masa activa, la retribución de la administración concursal se ubicaba en la última categoría de créditos contra la masa que recogía el [artículo 176 bis, apartado 2](#), LC. Dado que este precepto ordenaba que el pago de los créditos contra la masa se realizase siguiendo el orden de prelación pre-fijado en la norma y, dentro de cada número, *a prorrata*, fácilmente se constataba la dilución de toda expectativa de cobro de los honorarios que habría de percibir el profesional por su intervención en el concurso. Por ello, en un escenario concursal como el que aquí se describe, la categoría de “*créditos imprescindibles para concluir la liquidación*” constituía el último bastión para la salvaguarda de los derechos retributivos de la administración concursal.

A pesar de que el Texto Refundido se presentaba como una ocasión propicia para

regular con mayor claridad esta cuestión, de máxima trascendencia en los concursos sin masa, se ha optado por guardar silencio en torno a la retribución de la administración concursal. A este respecto, las vacilaciones del refundidor únicamente han contribuido a agravar la polémica existente, pues los sucesivos cambios de redacción sufridos hasta llegar a la versión final del [art. 250](#) TRLC han sido utilizados por los organismos públicos como argumento para posicionar este crédito contra la masa en el último lugar dentro del listado que recoge este precepto

19

19 En el primer borrador del Texto Refundido se ubicaban los honorarios de la fase de liquidación en el nº 4 del art. 250.1 –créditos por costas y gastos judiciales del concurso-, mientras que los de la fase de común y de convenio se incardinaban en la categoría residual del nº 5. Tras la fase de información pública e informes preceptivos, se acogió la reivindicación de los profesionales que integran el colectivo de administradores concursales, y se mejoró sensiblemente el tratamiento de su retribución en el escenario analizado. Así, los honorarios correspondientes a la fase de liquidación se incluían dentro de la categoría de los créditos imprescindibles, al margen de la fecha en que se hubieran devengado; en cuanto a los de la fase común y de convenio, nada se decía en el precepto, por lo que presumiblemente cabía entender que se optaba por su ubicación en la categoría residual del nº 5 del apartado 1 del art. 250.

A mi juicio, no está justificado aducir el mutismo del refundidor para empeorar el tratamiento del crédito que titula la administración concursal en caso de insuficiencia de masa activa. A día de hoy, permanecen incólumes las razones que sostuve bajo el régimen de la Ley Concursal, al decantarme por la utilización de criterios objetivos en la tarea de concreción de la porción de honorarios que debía abonarse con la nota de la pre-deducibilidad absoluta –v. en este sentido, SJM de A Coruña de 16 de julio de 2020 y AJM nº 1 de A Coruña de 18 de septiembre de 2020, [ROJ:AJM C34/2020], que aplican, respectivamente, la Ley Concursal y el Texto Refundido²⁰-. Aunque el cauce de la autorización judicial hizo aflorar un amplio abanico de posturas acerca de la posición que debían ocupar los derechos retributivos de la administración concursal en los concursos con insuficiencia de masa, el respeto a la seguridad jurídica obligaba una vez más a regirse por la norma reguladora de la retribución de la administración concursal –v. gr. Real Decreto nº 1860/2004, de 6 de septiembre-.

20 Esta resolución expone las razones por las que la retribución de la administración concursal merece la consideración de crédito imprescindible: *“La retribución de la administración concursal comparte la naturaleza de crédito contra la masa -v.gr. art. 242.6º TRLC- y sobre ello no caben dudas ni discusiones. Si se ha comunicado la insuficiencia de masa y deviene aplicable el orden de prelación del art. 250, apartado 1, TRLC, los mismos argumentos que se emplearon bajo la Ley Concursal servirán para atribuir a la retribución correspondiente a la fase de liquidación la nota de la pre-deducibilidad: el propio apartado 2 del art. 250 TRLC parece admitirlo, ya que se refiere a los créditos contra la masa que sean imprescindibles para la liquidación y no sólo si coadyuvan a su conclusión. 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 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. 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".

Por ello, si se ha comunicado la insuficiencia de masa y deviene aplicable el orden de prelación del [art. 250.1](#) TRLC, los mismos argumentos que se emplearon bajo la Ley Concursal servirán para atribuir a la retribución correspondiente a la fase de liquidación la nota de la pre-deducibilidad²¹: el propio apartado 2 del [art. 250](#) TRLC parece admitirlo, ya que se refiere a los créditos contra la masa que sean imprescindibles para la liquidación y no sólo si coadyuvan a su conclusión. Este criterio lo encontramos en los Autos del Juzgado Mercantil nº 1 de Oviedo de 30 de diciembre de 2020 y nº 3 de Alicante –sede en Elche-, de 19 de febrero de 2021, que fijan los honorarios liquidatorios imprescindibles conforme al arancel, al constituir el único módulo legal existente; el AAP de A Coruña, Sección 4ª, nº 109/2020, de 14 de octubre, se refiere al arancel como “ *el único instrumento normativo que permite establecer la retribución*” ; el AAP de Barcelona de 21 de junio de 2021, (ROJ: SAP B 6570/2021), acude al arancel para la cuantificación de los honorarios de la fase de liquidación que pueden satisfacerse como imprescindibles, aunque reduce su importe, atendido lo “exagerado” de la suma percibida por la administración concursal; y el AJM nº 3 de Madrid de 18 de febrero de 2021, que reconoce la imprescindibilidad respecto de doce meses de la fase de liquidación, incluso para las mensualidades no devengadas, pues si “ *no llegasen posteriormente a devengarse por falta de realización del trabajo, no tendría lugar el pago, y de realizarse dicho pago, éste no podría verse amparado por esta resolución, en la que propiamente no se declara la existencia del crédito, porque ni ese es el objeto de la misma, ni este es un procedimiento declarativo en que se pueda realizar dicha declaración*”.

²¹ Excede de los límites de este trabajo el análisis del tratamiento conferido a los créditos imprescindibles más allá de los concursos con insuficiencia de masa. En varias ocasiones, me he referido a la transversalidad de este concepto, a partir del criterio expresado por el Tribunal Supremo –v. SSTS nº 225/2017, de 6 de abril, 12 y 13 de septiembre de 2017-. La Sala Primera ha admitido en las resoluciones comentadas que se abonen determinados créditos con el carácter de pre-deducibles, incluso en un escenario en el que no concurra insuficiencia de masa activa. MUÑOZ PAREDES, A., “La doble prededucibilidad de los créditos contra la masa”, Diario La Ley nº 958/2021, propone su particular interpretación de este conjunto jurisprudencial: “(i) El concepto de «crédito imprescindible» está explícito en el art. 250 e implícito en el art. 245# (ii) Estos «créditos prededucibles» vendrían a ser al principio del vencimiento lo que los «créditos imprescindibles» al orden art. 250 TRLC. (iii) Si el concepto de «crédito imprescindible» trasciende al escenario, todo lo que se acepte como tal en el régimen del art. 250 será extrapolable al art. 245 y viceversa” .Para este autor, el «crédito prededucible» sería propio de la insuficiencia de hecho, mientras que el «crédito imprescindible», de la insuficiencia de derecho. Ambos tendrían en común la insuficiencia y los distinguiría la comunicación, ausente en aquél, presente en éste.

La segunda cuestión que permanece abierta tras la entrada en vigor del Texto Refundido es la relativa al tratamiento que debe dispensarse a los honorarios devengados por la intervención en la fase común del concurso. Tampoco con la Ley Concursal existió una posición unívoca de los órganos de la jurisdicción mercantil que, mayoritariamente, rechazaron catalogar la retribución de la fase común como crédito imprescindible. Sin embargo, algunas resoluciones mantuvieron la tesis contraria, arguyendo que la intervención de la administración concursal es esencial durante toda la tramitación del concurso, ya que sin su participación no podría llegar a término –cfr. [SJM nº 1 de Oviedo de 11 de abril de 2016, \[JUR 2016/75092\]](#), AJM nº 2 de Pontevedra de fecha 16 de noviembre de 2017, [Roj: AJM PO 91/2017], AJM nº 12 de Madrid de 6 de junio de 2018 y el AJM nº 13 de Madrid de 24 de enero de 2020. Con el Texto Refundido, no pueda descartarse de forma absoluta que la retribución de la fase común tenga encaje en el concepto examinado, en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto; el silencio legal existente respecto de la retribución de la administración concursal deja abierta la puerta a su posible abono como “*crédito imprescindible*”, si el juez del concurso aprecia que existen razones que hacen que aquella porción de retribución merezca tal calificación. Esta postura ha sido la asumida en el AAP de Cantabria, Sección 4ª, nº 172/2021, de 12 de julio, y en el AJM nº 9 de Barcelona de 26 de mayo de 2021, en el que se afirma que “*al valorar qué actuaciones son o no imprescindibles, no debe atenderse exclusivamente a las realizadas durante la fase de liquidación, formalmente dicha, sino que se deberán valorar todas las actuaciones que la administración concursal haya realizado para lograr la mejor realización de la masa activa y la aplicación del importe obtenido, que pueden tener lugar no sólo en fase de liquidación sino también en la fase común (arts. 205 y 206 TRLC, anterior art. 43 LC) e incluso en fase de convenio antes de la aprobación del mismo, pues en todas estas fases la administración concursal puede estar realizando actuaciones imprescindibles para la liquidación de la masa activa, por lo que la retribución correspondiente a tales actuaciones deberá tener carácter pred[e]ducible. Así pues, aquella parte de crédito (o su totalidad) que la administración concursal logre acreditar que responde a actuaciones imprescindibles para la liquidación, sea cuál sea la fase en la que se hayan realizado, será considerado “imprescindible” y por lo tanto preded[ucible]. El resto (si lo hay) se posicionará en el ordinal 5º del orden de pagos”.*

3. Tratamiento de la retribución de la administración concursal devengada con anterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa

Bajo el régimen de la Ley Concursal, no se resolvió de forma unánime si lo procedente era acotar los gastos que podían integrar la categoría de créditos imprescindibles únicamente a los que se hubiesen devengado dentro del lapso temporal comprendido entre la comunicación de insuficiencia de masa y la solicitud de conclusión del concurso.

En su momento me postulé, con ciertas matizaciones, a favor de la postura que requería que los gastos imprescindibles que podían abonarse con preferencia a los

créditos contra la masa -según el orden del [artículo 176 bis](#) , apartado 2, LC- fuesen posteriores a la comunicación a la que se refería este precepto. Para ello, acudí a la literalidad de aquella disposición, en la que se establecía que, una vez efectuada la comunicación de insuficiencia de masa, “ *la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación* ”. Así, debíamos diferenciar entre el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa que rige en supuestos de insuficiencia de masa -aplicable a los créditos vencidos y a los que venzan después de la comunicación-²² y los gastos que podían tener la consideración de imprescindibles, que podrían ser muy anteriores en el tiempo a esta comunicación. Lo razonable es que si se han ejecutado, con anterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa, operaciones materiales de gestión y administración para la realización de activos, los honorarios devengados a favor de estos profesionales pudieran ser calificados como imprescindibles para la liquidación. Desde esta perspectiva, la delimitación sería de índole material, ya que los “ *créditos imprescindibles* ” deben referirse a actuaciones estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago a los acreedores –v. SAP de Murcia de 3 de noviembre de 2017, [ROJ: SAP MU 2310/2017], y SAP de Álava de 19 de mayo de 2017, [Roj: SAP VI 422/2017]-.

²² Así lo dispone ahora el art. 250.1 TRLC, acogiendo la doctrina de la Sala Primera, expresada en las SSTs 306/2015, de 9 de junio, nº 310/2015, de 11 de junio, nº 305/2015, de 10 de junio, nº 152/2016, de 11 de marzo, nº 187/2016, de 18 de marzo, y nº 225/2017, de 6 de abril: “ *Una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del art. 176 bis LC, al margen de cuál sea su vencimiento. De hecho, dentro de cada orden tampoco se tiene en cuenta la fecha de vencimiento, sino que expresamente está prescrito que se paguen a prorata* ”. Comprobamos que, como sostuvo la Sala Primera, una vez hecha la comunicación de insuficiencia de masa, el orden de prelación del artículo 250 TRLC se aplica a todos los créditos contra la masa que se encuentren pendientes de pago y no sólo a los que venzan después de la comunicación.

La Sala Primera ha acogido la tesis de que la comunicación es la que determina el momento a partir del cual opera el orden de prelación previsto en la ley para los concursos con insuficiencia de masa –v. gr. [art. 176 bis, apartado 2](#) , LC y actualmente [art. 250.1](#) TRLC-. En la STS de 8 de junio de 2016, matizó que la normativa concursal “*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*”. Esta última referencia temporal no aludía al juego de orden legal de prelación en el pago de los créditos contra la masa –vencimiento o específico para los concursos con insuficiencia de masa activa-, sino que quería establecer una clara conexión entre los actos de los que podía surgir el derecho a honorarios -susceptibles de satisfacerse como gastos pre-deducibles- y el momento de comunicación de la insuficiencia de masa .

La [STS nº 467/2020, de 15 de septiembre, \[RJ\2020\3271\]](#) , ha deslindado con nitidez cuál es el tratamiento que debe concederse a los créditos contra la masa

sujetos al orden legal del artículo 176 bis LC –actual [artículo 250](#) TRLC- y el que ha de darse a los créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Después de reproducir la doctrina de la Sala, relativa a la sujeción a las reglas de pago contenidas en el [art. 176 bis, apartado 2](#) , LC -afectante a la totalidad de créditos contra la masa pendientes de abono-, considera que no cabe confundir el ámbito de aplicación del orden de prelación previsto en aquel precepto con el alcance de la excepción relativa a " los créditos necesarios para concluir la liquidación ":

“Esta salvedad, como hemos explicado en otras ocasiones, responde a la lógica del tratamiento de los gastos imprescindibles para poder hacer realidad la liquidación y pago de los créditos contra la masa, que en cuanto estrictamente necesarios se satisfacen con la consideración de prededucibles.

*La ratio del precepto ([art. 176 bis.2](#) LC) es que todos los créditos contra la masa pendientes de pago al tiempo de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa se sujeten al orden de prelación de pagos que prescribe. **La salvedad de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación no forma parte del orden de prelación de créditos, no es una categoría en la que encajar créditos contra la masa anteriores** . Es una regla propia de la liquidación, que atiende a los gastos necesarios o imprescindibles para que se pueda verificar la realización del activo y el pago a los acreedores por el referido orden de prelación. En la medida en que son imprescindibles para que, a partir del momento en que opere ese orden de prelación (la comunicación de insuficiencia de la masa activa), se pueda cumplir con ese pago ordenado, en esa medida son gastos que deben ser inmediatamente atendidos y por ello son créditos prededucibles.*

*4. El hecho de que hayamos admitido que, durante la fase de liquidación y antes de la comunicación de la insuficiencia de la masa activa, la administración concursal pueda haber realizado actuaciones "estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago", que justificaran su remuneración como gastos prededucibles aunque hubiera otros créditos contra la masa de vencimiento anterior y pendientes de pago ([sentencia 225/2017, de 6 de abril \(RJ 2017, 2674\)](#)), no significa que el crédito surgido por esas actuaciones anteriores a la comunicación de insuficiencia de la masa activa, si para entonces están pendientes de pago puedan encajar en la salvedad del párrafo segundo del [art. 176 bis .2](#) LC. Como ya hemos expuesto, esta salvedad se refiere a **los gastos imprescindibles para que, una vez hecha la comunicación de insuficiencia de la masa activa, pueda concluirse la liquidación y pagar conforme a ese especial orden de prelación de créditos** ”.*

Esta interpretación incentiva el celo de la administración concursal, a fin de no dilatar en el tiempo la comunicación de insuficiencia de masa. La demora en la comunicación puede generar responsabilidad en el administrador concursal –cfr. [arts. 94 a 99](#) TRLC- y suele constituir la base para la interposición de acciones por parte de los titulares de los créditos contra la masa, cuyos créditos hayan sido indebidamente postergados. Además, la tesis de la Sala Primera obliga a actuar con premura y con la máxima diligencia en la constatación de la situación de la masa

activa y pasiva, con proyección de unas expectativas de cobro realistas para los acreedores: por ello, se impone el deber de hacer la comunicación de insuficiencia desde el mismo instante en que se tome conocimiento pleno y exacto de los valores relevantes para emitir un juicio sobre la suficiencia o insuficiencia de la masa activa.

No se trata de fomentar la proliferación de comunicaciones del actual [art. 249](#) TRLC, carentes de justificación, pues el administrador concursal habrá de ser consciente de la gravedad de las consecuencias que puede depararle la dilación, la malicia o el abuso en su actuación. Pero sí ha de reconocerse que lo aconsejable, en caso de duda, es activar el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa que prevé el [art. 250](#) TRLC, a partir de la calificación de la insuficiencia de masa como una situación de hecho que es perfectamente reversible.

Como conclusión, podemos afirmar que, en la disyuntiva entre si procede pagar a vencimiento, o según el orden de prelación del [art. 250](#) TRLC, el administrador concursal recibirá mayores y mejores estímulos si opta por lo segundo, previa comunicación de insuficiencia de masa. En primer lugar porque, de este modo, evitará las consecuencias perjudiciales que puede provocar la aplicación del criterio expresado en la [STS nº 467/2020, de 15 de septiembre. \[RJ\2020\3271\]](#), para los derechos retributivos que ya haya devengado por su intervención en el concurso. Y, en segundo lugar, porque si asumimos que la situación de insuficiencia de masa es un estado de hecho perfectamente reversible durante el concurso, en caso de que finalmente no concorra, bastará con dejar sin efecto la comunicación y pagar los créditos que resten siguiendo el criterio del vencimiento²³. En este supuesto, una vez cubiertos la totalidad de los créditos contra masa reconocidos en el concurso, nada cabrá reprochar a la actuación del administrador concursal que anticipó la comunicación de insuficiencia de masa, ya que cualquier acción de responsabilidad que pudiera entablarse contra él por indebida postergación de alguno de los créditos contra la masa quedará bloqueada por la inexistencia de daño al titular del crédito que fue efectivamente satisfecho en el concurso²⁴.

²³ MUÑOZ PAREDES, A., “La insuficiente regulación de la insuficiencia de masa activa”, Anuario de Derecho Concursal nº 40/2017.

²⁴ FACHAL NOGUER, N., “¿Es conveniente realizar la comunicación de insuficiencia en los casos en que el administrador concursal tiene dudas sobre la concurrencia de una situación de insuficiencia de masa activa?”, La Ley Insolvencia nº 1/2021, Wolters Kluwer.

4. Novedades del Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal para la transposición de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia

4.1. Comunicación de insuficiencia de masa

Es importante retener que la insuficiencia de masa es un estado de hecho que adquiere trascendencia jurídica desde el instante en que tiene lugar la comunicación de la administración concursal²⁵. Es lógico que, siendo así, la comunicación del [artículo 249](#) TRLC no tenga incidencia alguna en relación al momento de aparición

de la insuficiencia de masa, que podrá ser anterior a fecha en que acaece el evento del que se hace depender la activación del orden de pago previsto para los concursos con insuficiencia de masa activa –cfr. AJM nº 1 de Oviedo de 16 de abril de 2018-²⁶.

²⁵ V. STS nº 225/2017, de 6 de abril, según la que la mera concurrencia de la insuficiencia de masa activa no faculta al administrador concursal para activar el orden legal en el pago de los créditos contra la masa. La Sala Primera concluyó que existía vulneración del criterio del vencimiento en el pago de los créditos contra la masa, pues, en el momento en que se abonaron determinados créditos, existía insuficiencia de masa, pero faltaba la comunicación del art. 176 *bis* LC.

²⁶ Esta resolución nos ilustra acerca de la **configuración de la insuficiencia de masa** como un estado de hecho que surge al margen del concurso, aunque será la comunicación del artículo 176 *bis*, apartado 2, LC –actual art. 249 TRLC- la que active el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa que se contiene en este precepto: “ *La insuficiencia es un estado de hecho, no de derecho. No precisa de la comunicación de la administración concursal para nacer a la vida ni tampoco de una resolución judicial que la declare o constate. Cuestión distinta es que para que ese estado de hecho tenga efectos procesales precise de la comunicación de la administración concursal, que deberá efectuarse tan pronto acontezca, pero, como veremos, ello no altera la circunstancia fáctica de la insuficiencia ni el momento de su aparición. Como estado de hecho, discurre al margen del concurso, por lo que es posible que se haga patente en fase de liquidación, en la fase común e, incluso, en la de convenio (antes de su aprobación)*”.

El [art. 249](#) TRLC exige a la administración concursal que haga la comunicación “ *en cuanto conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa* ”, pero no debemos soslayar que, en muchos concursos, el juicio de valor sobre las expectativas de cobertura de todos los créditos de esta naturaleza no es tarea sencilla, o depende de factores inciertos: piénsese, por ejemplo, en el ejercicio de acciones rescisorias o de acciones judiciales que se tramitan en interés de la masa extramuros del concurso; así, la estimación de estas acciones puede conllevar un incremento de la masa activa y, con ello, condicionar el pago de los créditos a los que se ha atribuido la consideración de créditos contra la masa.

Por ello, es frecuente que el administrador concursal se enfrente a la duda de si hacer o no la comunicación de insuficiencia de masa activa, pues la imposibilidad de hacer frente al pago de todos los créditos contra la masa no siempre aflora con absoluta nitidez. Decíamos en el epígrafe anterior que, en esta disyuntiva, el profesional interviniente pensará que la realización de una comunicación infundada podría generarle eventuales responsabilidades, si finalmente no concurre la insuficiencia de masa. Lo mismo puede plantearse en la situación inversa, esto es, si demora o no realiza la comunicación, a pesar de que finalmente no existen bienes y derechos suficientes con los que atender el pago de todos los créditos contra la masa que se generen durante el concurso.

Ciertamente, puede afirmarse que el criterio temporal sentado en la [STS nº 467/2020, de 15 de septiembre, \[RJ\2020\3271\]](#), en relación a la fecha de nacimiento del crédito susceptible de encajar en la categoría de “ *gasto imprescindible* ”, inducirá al administrador concursal a anticipar todo lo posible el juicio o la evaluación que debe efectuar este profesional sobre las posibilidades de satisfacción de la totalidad de créditos contra la masa. Por tanto, existe un acicate

claro a adelantar lo máximo posible la comunicación de insuficiencia, ya que, conforme a la tesis asumida por el Tribunal Supremo, sólo cabrá conceder la nota de la pre-deducibilidad a los créditos que, con origen en un gasto imprescindible, hayan nacido después de la comunicación.

A partir de las consideraciones expuestas, mi consejo siempre ha sido, en situaciones poco claras, optar por hacer la comunicación de insuficiencia. Así, debe tenerse en cuenta que su lesividad es nula, si finalmente no concurre la incapacidad de la masa para el abono de todos los créditos contra la masa: en tal caso, se habrán cubierto la totalidad de los créditos de esta naturaleza y, por ello, aunque provisionalmente se haya aplicado el orden de prelación del [artículo 250](#) TRLC, no se habrán perjudicado de manera irreversible las expectativas de cobro de los titulares de créditos contra la masa vencidos que, por su origen, debieron ubicarse en los escalones más bajos del [art. 249.1](#) TRLC. Por el contrario, la situación inversa no puede solventarse con la misma sencillez ya que, si la administración concursal no comunica la insuficiencia de masa, los créditos deben abonarse siguiendo el criterio del vencimiento –cfr. 245 TRLC-; por ello, constatada la mencionada insuficiencia, lo que podría suceder es que algunos de los créditos que deberían haber sido calificados como “ *imprescindibles para la liquidación* ” permaneciesen insatisfechos. Tampoco cabe ignorar que, al inaplicar el orden de prelación del [art. 250.1](#) TRLC, podrán permanecer insatisfechos algunos de los créditos que sí habrían obtenido pagos, siquiera parciales, pues en el orden de prelación de esta disposición los pagos se hacen *a prorrata* dentro de cada número.

Pues bien, el Anteproyecto de reforma del Texto Refundido da nueva redacción al [art. 249](#) TRLC, dedicado al deber de comunicación de la insuficiencia de la masa activa. La modificación de esta disposición da carta de naturaleza a la tesis que aquí se ha expuesto en relación a la conveniencia de anticipar aquella comunicación, ante la sospecha de que no existen bienes y derechos suficientes para el pago de todos los créditos contra la masa de previsible generación en el concurso:

*“ En cuanto conste que la masa activa es insuficiente o **es previsible que lo sea para el pago de los créditos contra la masa**, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso. El Letrado de la Administración de Justicia pondrá de manifiesto esta comunicación en la oficina judicial a las partes personadas ”.*

Por otra parte, el [art. 242.2](#) TRLC –según numeración del Anteproyecto- faculta a cualquier acreedor de la masa para requerir a la administración concursal a fin de que se pronuncie sobre si la masa es insuficiente o es previsible que lo sea para el pago de estos créditos.

Puede suceder que este requerimiento no sea atendido y, en esta hipótesis, se dispone que “ *si el administrador concursal no contestara al requerimiento o lo hiciera en términos genéricos o imprecisos, el acreedor de la masa podrá solicitar auxilio al juez del concurso*”. El auxilio judicial al que se refiere esta disposición consistirá en interesar que el requerimiento informativo a la administración concursal se haga por medio del juzgado. En este caso, resulta conveniente incluir en el

requerimiento judicial los apercibimientos correspondientes, para el supuesto de desatención por su destinatario: los efectos que pueden derivarse van, desde la reducción de honorarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas a la administración concursal –cfr. [art. 86.1.4º](#) TRLC-, hasta la separación en el cargo motivada por la concurrencia de justa causa –cfr. [art. 100.1](#) TRLC-. Todo ello sin perjuicio, claro está, de las eventuales consecuencias de índole indemnizatoria que podrían derivarse de la estimación de una acción de responsabilidad entablada frente al administrador concursal, si lograrse acreditarse la demora injustificada en la realización de la comunicación y el nexo de causalidad con el daño directo provocado a alguno de los titulares de créditos contra la masa –cfr. [art. 98](#) TRLC, en el que se recoge la acción individual de responsabilidad, que pueden entablar los acreedores para resarcirse de los daños y perjuicios causados por los actos u omisiones de la administración concursal y de sus auxiliares delegados-.

4.2. Los créditos imprescindibles para la liquidación en los concursos con insuficiencia de masa: posición de la retribución de la administración concursal

En el Anteproyecto, el [art. 250.1](#) TRLC cambia sustancialmente su redacción al regular el pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa. El apartado 1 de este precepto pasa a disponer que “ *[d]esde que la administración concursal comunique al juez del concurso que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, **tendrán preferencia de cobro los créditos vencidos o que venzan después de esa comunicación que sean imprescindibles para la liquidación de la masa activa*** ”.

Tras la lectura de este precepto, se puede afirmar que las razones de pura lógica han calado en la reforma proyectada. Como se ha defendido en otro de los epígrafes de este trabajo (*v. supra*), lo sensato es que si se han ejecutado, con anterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa, operaciones materiales de gestión y administración para la realización de activos, los honorarios devengados a favor del profesional interviniente puedan ser calificados como imprescindibles para la liquidación. Ello conecta, en realidad, con el significado del término “ *liquidación* ” –empleado en el juicio sobre el carácter imprescindible de determinados gastos- y que tiene un sentido más material que jurídico: esta delimitación conceptual fue abordada por algunas resoluciones judiciales durante la vigencia de la Ley Concursal, entre las que se pueden citar la SJM nº 1 de Zaragoza de 4 de junio de 2018, [Roj: SJM Z 1851/2018], la SAP de Álava de 19 de mayo de 2017, [Roj: SAP VI 422/2017], y la SAP de Murcia de 3 de noviembre de 2017, [ROJ: SAP MU 2310/2017]. Los argumentos esgrimidos para conceder la condición de “ *crédito imprescindible* ” a los derechos retributivos devengados por la administración concursal, con anterioridad a la comunicación de insuficiencia de masa, pueden condensarse en las siguientes ideas básicas:

- La noción de “ *crédito imprescindible* ” se anuda a la esencialidad del gasto , en orden a la obtención del líquido necesario para el pago a los acreedores. Desde

esta perspectiva, el momento del devengo del crédito sería meramente accesorio.

- Es fundamental determinar la naturaleza de las operaciones acometidas con el propósito de proceder a la liquidación de activos. Desde este prisma, la delimitación es de índole material, ya que los “*créditos imprescindibles*” deben referirse a actuaciones estrictamente necesarias para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago a los acreedores.

En un escenario de insuficiencia de masa –cfr. [art. 250.2](#) TRLC, versión del Anteproyecto-, se prevé que ciertos créditos sean calificados como “*imprescindibles para la liquidación*”. Se incluyen las siguientes categorías:

- Créditos por salarios de los trabajadores devengados después de la apertura de la fase de liquidación mientras continúen prestando sus servicios.
- La retribución de la administración concursal y de los auxiliares delegados durante los doce primeros meses desde la declaración del concurso.
- Cantidades adeudadas a partir de la apertura de la fase de liquidación en concepto de rentas de los inmuebles arrendados para la conservación de bienes y derechos de la masa activa.

En primer lugar, conviene tener presente que la noción de “*crédito imprescindible*” es más amplia que la manejada en el régimen del art. 176 *bis* LC. Este precepto se refería en su apartado 2 a “*los créditos imprescindibles para concluir la liquidación*”, mientras que el [art. 250.2](#) TRLC alude a los “*créditos contra la masa que sean imprescindibles para la liquidación*”: es de notar que la expresión legal se concreta y simplifica en el Texto Refundido, ya que la pre-deducibilidad sólo es predicable de los créditos contra la masa que, además, deben ser imprescindibles “*para la liquidación*” y no exclusivamente “*para concluir la liquidación*”. La supresión del término “*concluir*”, al hacer mención de los créditos imprescindibles -los únicos que gozarán de prioridad absoluta de pago- supone una ampliación de la propia acepción de “*crédito imprescindible*”. Así, dentro de esta categoría, podrán subsumirse gastos asociados a las actuaciones liquidatorias, aunque no sean exclusivamente conducentes a la conclusión de la liquidación. Acertadamente, el Anteproyecto mantiene la preferencia en el abono de los créditos que sean imprescindibles para la liquidación de la masa activa y no circunscribe tal condición a los que estuvieron íntimamente vinculados a la conclusión de las operaciones liquidatorias.

En segundo lugar, se permite que los créditos imprescindibles, preferentes en su pago a los restantes créditos contra la masa, hayan vencido con carácter previo a la comunicación de insuficiencia de masa. Ésta es la novedad más relevante del Anteproyecto –v. [art. 250.1](#) TRLC-, pues será factible que concretos gastos y costes del concurso -anteriores a la comunicación de insuficiencia de masa-, se atiendan con preferencia a los demás créditos, una vez dotados de la nota de la pre-deducibilidad.

Otra innovación importante, que se aprecia respecto del régimen actualmente vigente, es la que consiste en reconocer la condición de créditos imprescindibles a aquéllos que se incardinan en alguna de las categorías que enumera el [art. 250.2](#) TRLC. El listado lo hemos reproducido en un párrafo precedente, aunque nos gustaría detenernos en varias cuestiones que nos suscita la lectura de este precepto.

Hasta ahora, la condición de crédito imprescindible se obtenía por decisión del juez del concurso: recordemos que la Sala Primera fue la que pautó el cauce procesal que debía utilizarse para determinar los “*créditos imprescindibles para concluir la liquidación*”, siendo el trámite elegido el previsto para la concesión de autorizaciones judiciales en el [art. 188](#) LC –actual [art. 518](#) TRLC-. Las SSTS nº 390/2016, de 8 de junio, y nº 226/2017, de 6 de abril, [ROJ: STS 1388/2017], atribuyeron al juez del concurso la decisión sobre la calificación como imprescindibles de las actuaciones e importes que, según la propuesta del administrador concursal, debían atenderse con el carácter de pre-deducibles. La resolución del juez del concurso debía revestir forma de auto y se adoptaba con audiencia de todos los personados²⁷.

²⁷ VELA TORRES, P.J., “Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa”, RDCP nº 27/2017.

El reconocimiento legal del carácter imprescindible de los créditos a los que alude el art. 250.2, *in fine*, del Anteproyecto, había sido generalmente aceptado en los concursos con insuficiencia de masa. De forma prácticamente unánime, se concedió autorización judicial para el pago de gastos que, de ordinario, podrían considerarse de abono preferente siguiendo criterios de oportunidad –tales como seguros, gastos de desplazamiento y conservación de activos de la concursada o gastos de custodia de bienes-, que netamente se incardinan en la noción de “*crédito imprescindible*”. Un precedente de estas características lo hallamos en el AJM nº 1 de A Coruña de 3 de marzo de 2020, concurso ordinario de ELABORADOS EMESA S.L.U., en el que se califican como créditos imprescindibles los gastos de vigilancia y custodia de bienes de la concursada, suministros básicos, seguros y gastos salariales y de Seguridad Social por el mantenimiento temporal de trabajadores en plantilla; y el Auto del mismo Juzgado de 8 de julio de 2021, que hace idéntico pronunciamiento y, además, reputa imprescindibles los gastos de arrendamiento de inmuebles en los que se encontraban depositados activos de la concursada.

Por otra parte, la lectura de la disposición examinada nos genera la duda de si nos hallamos ante una lista cerrada de créditos, a los que se concede la nota de la pre-deducibilidad absoluta o si, por el contrario, cabría abonar con esta preferencia legal otros créditos distintos de los expresamente mencionados. A mi juicio, puesto que el art. 250.2 enumera los créditos que, en todo caso, se consideran imprescindibles para la liquidación, hemos de concluir que el listado es meramente enunciativo y no cerrado, por lo que cabrá la posibilidad de que el juez del concurso reconozca el mismo carácter a otros créditos de procedencia diversa a los que indica esta disposición: para ello, se precisará que estos créditos respondan a

actuaciones que estén encaminadas, directa o indirectamente, a la liquidación de activos y/o gestión y pago a acreedores²⁸.

²⁸ Piénsese, una vez más, en el crédito por honorarios devengados por el letrado y procurador encargados de la defensa y representación de la administración concursal en los procesos judiciales tramitados en interés de la masa, al margen del concurso. O los créditos por los seguros sociales de los trabajadores en activo, que se hubiesen devengado después de la apertura de la fase de liquidación, mientras continúen prestando sus servicios; al respecto, el criterio mantenido por la Sala Primera –v. SSTs de 4 de febrero de 2020 y 6 de marzo de 2020– ha sido el de considerar crédito imprescindible para la liquidación el de las cuotas de la Seguridad Social de estos trabajadores, si se atribuye tal condición al crédito salarial.

Al hilo de lo anterior, igualmente dudosa es la posibilidad de conferir la condición de crédito imprescindible a otras partidas retributivas distintas de las que menciona el precepto examinado. Dado que el art. 250.2, en la versión del Anteproyecto, incluye dentro de los créditos imprescindibles a “ *la retribución de la administración concursal y de los auxiliares delegados durante los doce primeros meses desde la declaración del concurso*”, es razonable preguntarse si está comprendida en la norma la retribución correspondiente a la fase común del concurso.

En primer lugar, a pesar de que la expresión legal utilizada puede resultar confusa –se alude a la retribución durante los doce primeros meses del concurso –, parece claro que no se está contemplando sólo la retribución de la fase de liquidación. Es cierto que el devengo de los honorarios correspondientes a esta fase se produce por mensualidades –cfr. art. 9.2 del arancel–, a diferencia de lo que ocurre con la retribución de la fase común. Pero parece que lo que se persigue, al catalogar como imprescindible toda la retribución devengada dentro de los doce primeros meses del concurso, es estimular su tramitación ágil o, lo que es lo mismo, premiar la eficiencia en la actuación de la administración concursal, en línea con lo previsto en el art. 86.1.4º del Anteproyecto.

En esta última disposición se enuncian las reglas para determinación de la retribución de la administración concursal: por una parte, deberán tenerse en cuenta incentivos orientados a lograr una mayor celeridad y agilidad del procedimiento; y, por otra, se recoge como supuesto de hecho que dará lugar a la minoración de la retribución a percibir por este órgano del concurso la prolongación del procedimiento en más de doce meses desde la fecha de declaración. Para el estudio más detallado de la regla de la eficiencia, nos remitimos al apartado correspondiente de este trabajo, aunque el juego de los arts. 86.1.4º y 250.2 deja claro el propósito de la reforma: reducir los tiempos de duración del concurso. Para lograrlo, todos los honorarios devengados por la administración concursal, durante el primer año desde que se incoó, merecerán la condición de crédito imprescindible, al menos en un escenario con insuficiencia de masa.

De prolongarse la duración del concurso por más de un año, no veo obstáculo legal al reconocimiento del crédito retributivo como imprescindible, pero se exigirá, como se ha avanzado, que se dicte una resolución motivada del juez del concurso que considere que:

- El retraso en la tramitación no le resulta imputable al administrador concursal, o bien que existen circunstancias objetivas que justifican ese retraso o que la conducta del profesional ha sido diligente en el cumplimiento de las demás funciones –cfr. art. 86.1, nº 4, párrafo 4º-. Téngase en cuenta que, de no acreditarse la concurrencia de alguna de estas circunstancias exculpatorias, la minoración goza de la nota de la automaticidad.

- La porción de honorarios que se haya devengado más allá del primer año de duración del concurso ha de ser calificada, en ese concreto supuesto, como un crédito imprescindible para la liquidación.

También operará, en los concursos con insuficiencia de masa, la regla de duración del concurso que se recoge en el [art. 86.1.3º](#) TRLC. Las reducciones que se contemplan en este precepto se hacen depender de la dilatación de las respectivas fases del concurso –común, de convenio y de liquidación-, por un lapso temporal superior a seis meses. Aunque al estudio de esta regla se ha dedicado el epígrafe 5 del apartado en el que se analizan las reglas de determinación de la retribución (v. *supra*), al que expresamente nos remitimos, conviene reiterar que, a mi juicio, estas disminuciones de honorarios siempre exigirán que concurra algún factor de imputabilidad en la conducta del administrador concursal –lo que no está claro en la literalidad de esta disposición, al menos, para la retribución de la fase de liquidación-. Por tanto, si concurre la insuficiencia de masa comunicada, la retribución de la administración concursal devengada por su intervención en los doce primeros meses desde la declaración del concurso tendrá la naturaleza de crédito imprescindible para la liquidación; pero, podrá ocurrir que el juego de la regla de duración del concurso haya supuesto una minoración de la retribución que percibirá el administrador concursal, si bien se precisará del dictado de una resolución motivada del juez del concurso que exponga las razones de esta reducción.

Por último, el nuevo [art. 250.3](#) TRLC constituye otra alteración de las reglas de pago previstas en la normativa concursal para los concursos con insuficiencia de masa. Hasta ahora, una vez satisfechos los créditos imprescindibles para la liquidación, debían atenderse los restantes créditos contra la masa, según el orden de prelación legal para este tipo de concursos. Las cinco categorías eran las enumeradas en el [art. 250.1](#) TRLC, debiendo atenderse el pago por este orden y, en su caso, *a prorrata* dentro de cada número:

1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo 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 devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

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

5.º Los demás créditos contra la masa.

Sin embargo, en el Anteproyecto, desaparecen estas categorías de créditos, con la salvedad de la primera, de la jerarquía de pago en los concursos con insuficiencia de masa. En su lugar, se dispone que “ *el pago de los créditos contra la masa que no sean imprescindibles para la liquidación de la masa activa se satisfarán por el orden establecido en esta ley si bien los créditos por alimentos del deudor y las personas respecto de las cuales tuviere el deber legal de prestarlos se satisfarán inmediatamente después de los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso* ”. De este modo, el orden de prelación en el pago de los créditos contra la masa que deberá observarse en los concursos con insuficiencia de masa será el siguiente:

1º. Créditos contra la masa imprescindibles para la liquidación, vencidos o que venzan después de la comunicación de insuficiencia. Dentro de esta categoría se incluirán, en todo caso, los créditos específicamente contemplados en el [art. 250.2 TRLC](#)²⁹, aunque el juez del concurso podrá autorizar el abono como pre-deducibles de otros créditos contra la masa que reúnan la condición de imprescindibles –esto es, que coadyuven a la obtención de numerario y gestión de la liquidación y pago a los acreedores-.

²⁹ Ya hemos advertido de que no se dota del carácter de imprescindible a los créditos por las cuotas de la Seguridad Social de los trabajadores en activo que continúan prestando sus servicios después de la apertura de la liquidación, en contra del criterio asumido por el Tribunal Supremo –v. SSTS de 4 de febrero de 2020 y 6 de marzo de 2020-.

2º. Créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso. Es de notar que desaparece el límite cuantitativo que se mencionaba en el art. 176 *bis*, apartado 2, nº 1, LC –actual art. 250.1.1º-, equivalente al doble del salario mínimo interprofesional.

3º. Créditos por alimentos del deudor y las personas respecto de las cuales tuviere el deber legal de prestarlos.

4º. Resto de los créditos contra la masa, que habrán de satisfacerse por el orden establecido en la ley. Este orden de prelación ha de ser el previsto en el [art. 245 TRLC](#), que impone el pago inmediato de los créditos por salarios –en caso de insuficiencia, se habrán satisfecho con preferencia los generados por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso- y, respecto de los restantes créditos contra la masa, su pago se hará según el criterio del vencimiento.

V. BIBLIOGRAFÍA

FACHAL NOGUER, N., “Posición en el concurso del crédito por honorarios de la administración concursal y de otros profesionales”, en *Derechos económicos de los profesionales en el concurso*, Aranzadi, 2018.

FACHAL NOGUER, N., “Propuesta de cambio de paradigma: Desde los estímulos negativos a los estímulos positivos para el desempeño del cargo de administrador concursal”, Diario La Ley nº 9635/2020.

FACHAL NOGUER, N., “La retribución de la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación: el difícil ensamblaje de la [STS nº 349/2020, de 23 de junio \(RJ 2020, 2180\)](#) , a los concursos en tramitación”, Aranzadi Digital nº 1/2020.

FACHAL NOGUER, N., “¿Es conveniente realizar la comunicación de insuficiencia en los casos en que el administrador concursal tiene dudas sobre la concurrencia de una situación de insuficiencia de masa activa?”, La Ley Insolvencia nº 1/2021, Wolters Kluwer.

GONZÁLEZ NAVARRO, B. A., “La retribución de la administración concursal tras la entrada en vigor del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal: el límite anual en fase de liquidación”, El Derecho.

HERNÁNDEZ SAINZ, E., “Los créditos contra la masa”, *Jurisprudencia y concurso* , GARCÍA-CRUCES (Dir.), Tirant lo Blanch, 2017.

MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo Concursal* , Aranzadi, 2017.

MUÑOZ PAREDES, A., “La insuficiente regulación de la insuficiencia de masa activa”, Anuario de Derecho Concursal nº 40/2017.

MUÑOZ PAREDES, A., “La doble prededucibilidad de los créditos contra la masa”, Diario La Ley nº 958/2021.

VALENCIA GARCÍA, F., “La posible aplicación retroactiva del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. La coexistencia temporal de las normas concursales”, Foro El Derecho de Derecho Mercantil, PÉREZ-BENÍTEZ (Coord.).

VELA TORRES, P.J., “Especialidades de la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa”, RDCP nº 27/2017.
