

Los honorarios de la administración concursal en el concurso consecutivo.

BIB 2021\4873

Nuria, Fachal Noguera. Magistrada especialista del 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. LÍMITES A LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL EN EL CONCURSO CONSECUTIVO

El deudor persona natural que se encuentre en situación de insolvencia actual o inminente, siempre que no haya sido declarado en concurso, puede solicitar el nombramiento de un mediador concursal con el objeto de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos con sus acreedores. La presentación de la solicitud, conforme al [art. 638 TRLC \(RCL 2020, 731\)](#) , deberá efectuarse:

Si el deudor fuera persona natural no fuera empresario, ante notario del domicilio del deudor.

Si el deudor persona natural fuera empresario, ante el registrador mercantil correspondiente al domicilio del deudor o ante la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de España o ante cualquier Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación que, de conformidad con la normativa por la que se rija, haya asumido funciones de mediación.

Una vez recibida la solicitud de nombramiento de mediador concursal por el órgano competente, éste habrá de proceder a la apertura de expediente y al nombramiento de mediador concursal – [art. 640 TRLC](#)-. Aceptado el cargo por el mediador, ha de procederse a la comunicación del nombramiento al juzgado competente para la declaración de concurso del solicitante, con indicación del propósito del deudor de negociar con los acreedores un acuerdo extrajudicial de pagos – [art. 648 TRLC](#)-.

Por su intervención en el expediente del acuerdo extrajudicial, el mediador concursal devengará una retribución, cuya cuantía habrá de fijarse en la resolución por la que se proceda a su nombramiento - [art. 641.2 TRLC](#)-. Por lo que respecta a las reglas para el cálculo de la retribución del mediador concursal, el [art. 645 TRLC](#),

después de señalar que la cuantía de la retribución habrá de fijarse en la resolución en la que se le nombre, se remite al correspondiente desarrollo reglamentario y añade que “ *en todo caso, la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la mediación*”. Como veremos, hasta la fecha, la norma reglamentaria no ha sido aprobada, por lo que el régimen retributivo del mediador concursal se completa con la [Disposición Adicional 2ª](#) de la Ley 25/2015. Nos detendremos de inmediato en el estudio de esta disposición.

Si, finalmente, llegara a declararse el concurso consecutivo, los honorarios devengados y no satisfechos al mediador por su intervención en el expediente extrajudicial tendrán la consideración de créditos contra la masa –cfr. [art. 715](#) TRLC-. La consideración del concurso como consecutivo exige que se dé el elemento objetivo contemplado en el [art. 695](#) TRLC: imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, imposibilidad de cumplimiento del que se hubiese alcanzado con los acreedores, incumplimiento del referido acuerdo y declaración judicial de nulidad o de ineficacia. Recordemos que la trascendencia del intento de acuerdo extrajudicial de pagos aflora, fundamentalmente, al tiempo de evaluar si concurren los requisitos de acceso al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho. En el régimen vigente, no se priva de la concesión de la exoneración al deudor que no hubiera celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos con los acreedores; pero, si reuniendo los requisitos para hacerlo, no hubiese hecho tal intento, habrá de abonar en el concurso, además de los créditos contra la masa y los créditos privilegiados, al menos, el veinticinco por ciento del importe de los créditos concursales ordinarios –v. [art. 488](#) TRLC-.

El principal problema ha venido de la mano de los habituales supuestos de no aceptación del cargo por parte del mediador concursal, lo que ha conducido a asumir una interpretación laxa del contenido y alcance de “ *la imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos* ”, que permita la declaración de concurso consecutivo en todos los casos en que el deudor, actuando de buena fe, ha tratado de cumplir los requisitos exigidos, según el procedimiento legalmente previsto. De este modo, la declaración de concurso consecutivo no puede verse cercenada por las sucesivas negativas a la aceptación del cargo por parte del mediador, pues, como señala el AAP de Pontevedra nº 12/2021, de 28 de enero, “[e]sta situación, ajena a la voluntad del deudor, no puede impedirle acceder al concurso consecutivo, máxime cuando la ley le reconoce expresa legitimación activa”. Idéntico criterio se expresa en los AAP Barcelona nº 165/2020, de 12 de noviembre, nº 37/2020, de 8 de octubre, nº 66/2020, de 4 de mayo, y nº 64/2020, de 27 de abril; AAP Madrid nº 64/2020, de 5 de junio; AAP Tenerife nº 135/2020, de 27 de mayo; AAP Asturias nº 178/2019, de 19 de diciembre; y AAP Zaragoza nº 148/2019, de 12 de diciembre, entre otras.

Es de notar que, en el marco de la normativa aprobada como consecuencia de la crisis sanitaria del COVID-19, se ha tratado de agilizar la tramitación del acuerdo extrajudicial de pagos con el fin de facilitar a los deudores el acceso al concurso consecutivo, si el nombramiento del mediador concursal no fuese aceptado por el

profesional designado. Así, el [art. 12](#) 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, dispone que “ *hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se considerará que el acuerdo extrajudicial de pagos se ha intentado por el deudor sin éxito, si se acreditara que se han producido dos faltas de aceptación del mediador concursal para ser designado, a los efectos de iniciar concurso consecutivo, comunicándolo al juzgado*” . Por tanto, si se produjesen dos nombramientos infructuosos, por falta de aceptación del mediador concursal, esta circunstancia habrá de ser comunicada al juzgado que sería competente para la declaración de concurso, con el cierre del expediente.

Decíamos que, para el cálculo de la remuneración del mediador concursal, se fijan una serie de reglas en la [Disposición Adicional 2ª](#) de la Ley 25/2015, que se aplicarán hasta que se produzca el desarrollo reglamentario del régimen retributivo del mediador concursal.

La base de cálculo está referida a los porcentajes que han de aplicarse sobre el activo y el pasivo del deudor conforme al arancel de derechos de los administradores concursales, aprobado por [Real Decreto nº 1860/2004, de 6 de septiembre \(RCL 2004, 1960\)](#) . A continuación, se prevén unas reducciones que varían en función de la condición del deudor:

Si el deudor fuera una persona natural sin actividad económica, se aplicará una reducción del 70 por ciento.

Si el deudor fuera una persona natural empresario, se aplicará una reducción del 50 por ciento.

Además, se recoge un incentivo para lograr el éxito del procedimiento, ya que, si se aprobara el acuerdo extrajudicial de pagos, se aplicará una retribución complementaria igual al 0,25 por ciento del activo del deudor.

La concreción de la retribución que ha de percibir el mediador concursal por las funciones desempeñadas en el expediente compete al órgano encargado de su nombramiento, aunque puede suceder que esta resolución no haya sido dictada. Si finalmente se declara el concurso consecutivo, algunas resoluciones judiciales suplen esta carencia y optan por fijar los honorarios que deberá percibir el profesional, debido a su intervención en el expediente extrajudicial y en calidad de administrador concursal –cfr. [AJM nº 2 de Valencia de 13 de febrero de 2020, \[JUR 2020\68696\]](#) -.

Distinto es el criterio seguido en el AJM nº 6 de Madrid de 8 de septiembre de 2020, [Roj: AJM M 57/2020]. Esta resolución reconoce que, no siempre, la declaración de concurso consecutivo cuenta con la determinación de la retribución del mediador por sus actuaciones en esta fase pre-concursal: en este caso, de haber finalizado el expediente de mediación extraconcursal sin acuerdo del órgano competente fijando la retribución del mediador, el juez del concurso únicamente será competente para cuantificar la retribución de la administración concursal.

Sin embargo, en el escenario habitual, el órgano tramitador del expediente sí habrá dictado esta resolución, que produce sus particulares efectos limitativos en el concurso, ya que el [art. 709.3](#) TRLC dispone que “ *el mediador concursal nombrado administrador concursal en el concurso consecutivo no podrá percibir por el ejercicio del cargo más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial*”. Su precedente normativo lo encontramos en el [art. 242.2.1ª LC \(RCL 2003, 1748\)](#) , introducido por la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre \(RCL 2013, 1422\)](#) , de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, con el propósito de fijar un tope máximo a la retribución que se podrá abonar al administrador concursal dentro del concurso consecutivo. Debe quedar claro que ni una ni otra disposición prohíben que el administrador concursal que previamente desempeñó el cargo de mediador pueda percibir una retribución por la intervención en el concurso: aunque la redacción de la norma pueda resultar confusa, ya se sostuvo en relación al [art. 242.2.1ª](#) LC que lo que se regula es un límite máximo para el concurso y no una exclusión de todo derecho retributivo, por el mero hecho de haberse asumido la mediación concursal en el acuerdo extrajudicial de pagos –v. en este sentido, AAP de Navarra de 27 de septiembre de 2017 y AAP de Almería nº 348/2019, de 26 de julio, [\[JUR 2020\48709\]](#) -.

El [art. 709.3](#) TRLC suscita otras dudas interpretativas, que los órganos de la jurisdicción mercantil se han encargado de resolver, aunque no siempre con un resultado uniforme. Sí debe quedar claro que esta disposición deviene aplicable en todos aquellos casos en que el expediente desemboca en un concurso consecutivo, ya sea por imposibilidad de alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos, ya por incumplimiento del que se hubiese alcanzado, o declaración judicial de nulidad o ineficacia –cfr. [art. 695](#) TRLC-.

A continuación, trataremos de resolver las principales incógnitas que ha suscitado esta disposición en la práctica judicial.

II. EXTENSIÓN SUBJETIVA DEL ART. 709.3 TRLC

La primera de ellas conecta con el ámbito al que se extiende la aplicación de esta norma, restrictiva de derechos retributivos de la administración concursal. Dado que el precepto se refiere exclusivamente al mediador concursal que, más tarde, es nombrado administrador en el concurso consecutivo, se cuestiona si idéntica limitación ha de entrar en juego en caso de que el cargo de administrador concursal recaiga sobre un profesional distinto del que fue designado mediador. Al respecto, el AJM nº 6 de Madrid de 8 de septiembre de 2020, [Roj: AJM M 57/2020], ya citado, considera que el principio de limitación que subyace en el [art. 709.3](#) TRLC se extiende al administrador concursal no mediador; en tal sentido, invoca el AAP de Barcelona de 30 de octubre de 2018 [ROJ: AAP B 6891/2018], que consideró irrelevante, a estos efectos, que la mediación la hubiese llevado a cabo una persona distinta a la del administrador concursal, pues “*[n]ingún sentido tendría un diferente régimen retributivo y mucho menos que al administrador concursal del concurso consecutivo se le aplique, sin más, las reglas generales en materia de retribución*”

concurzal ". El mismo parecer sobre la extensión subjetiva del art. 242.2.2º LC se postuló en el AAP de Huelva nº 1/2020, de 10 de enero, [\[JUR 2020\119614\]](#) , AAP de Salamanca nº 118/2020, de 17 de agosto, [\[JUR 2021\44624\]](#) , y AAP de Zaragoza de 19 de mayo de 2021, [ROJ: AAP Z 858/2021].

Al hallarnos, tanto en el caso de la norma derogada como en el vigente [art. 709.3](#) TRLC, ante disposiciones que son claramente restrictivas de derechos, no parece que quepan interpretaciones extensivas que la hagan aplicable a supuestos de hecho distintos de los que específicamente contempla. Por ello, me posiciono en la línea del AAP de Valencia, Sección 9ª, nº 73/2021, de 11 de mayo, [\[JUR 2021\240688\]](#) , en la que se afirma que el [art. 709.3](#) TRLC persigue incentivar el éxito en el acuerdo extrajudicial de pagos, por lo que el límite que prevé este precepto no resulta de aplicación si el profesional designado para el desempeño del cargo de administrador concursal no ejerció previamente las funciones de mediador:

“...el legislador lo que pretende es que el mediador concursal haga todo lo posible para que se alcance un acuerdo extrajudicial y se evite llegar al concurso consecutivo. Y una de las maneras de conseguir este propósito consiste en concienciar al mediador concursal que, en caso de no obtener éxito, no podrá cobrar, como administrador concursal, lo que le correspondería en caso de que el concurso no fuera consecutivo”.

Por ello, si quien es nombrado administrador concursal en el concurso consecutivo no desempeñó previamente el cargo de mediador, su retribución se calculará de acuerdo con el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales y no le serán de aplicación los coeficientes reductores que fija la [D.A. 2ª](#) de la Ley 25/2015.

III. EXTENSIÓN OBJETIVA DE LA LIMITACIÓN RETRIBUTIVA DEL ART. 709.3 TRLC

En caso de concurso consecutivo, se cuestiona si la norma que prohíbe que la administración concursal perciba una retribución superior a la que hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial alcanza a todas las fases del concurso. El AAP de Valencia de 20 de abril de 2021, [ROJ: AAP V 937/2021], después de afirmar que el [art. 242.2.2ª](#) LC –actual [art. 709.3](#) TRLC- impide que el administrador concursal perciba una retribución que supere la devengada por su intervención en el expediente de mediación extrajudicial, considera que, a estos efectos, no deben ser computados los honorarios de la fase de liquidación.

Coincido con el criterio contenido en el AJM nº 6 de Madrid de 8/9/2020, [Roj: AJM M 57/2020], en el que se afirma que las actuaciones del mediador en sede preconcursal encuentran su equivalente en la fase común del concurso. Se trata, en realidad, de tareas que incluyen la depuración de las masas –activa y pasiva-, similares a las que se asumen por la administración concursal en aquella fase del concurso, aunque no por ello agoten la totalidad de las funciones asumidas en la fase común. Subsisten durante el concurso consecutivo, para su realización por el

administrador concursal, otras funciones propias del cargo, como la de recibir la comunicación de los créditos, elaborar el informe, suplir las facultades de disposición del deudor, enajenar bienes y derechos del concursado, elaborar un plan de liquidación o liquidar el patrimonio, entre otras; todo ello sin soslayar, además, la responsabilidad que incumbe a este profesional, mucho más amplia que la que asume el mediador concursal –v. AAP de Valencia, Sección 9ª, nº 73/2021, de 11 de mayo, [\[JUR 2021\240688\]](#) -.

También el AAP de Valencia de 17 de noviembre de 2020, [ROJ: AAP V 3307/2020], incidía en la simplificación que sufre la fase común, sin que ello conlleve su desaparición, ya que su finalidad es la de depuración de la masa activa y pasiva:

"Otra cosa es que esta se desarrolle de manera sencilla por venir bastante dirigida por intento de acuerdo extrajudicial de pagos, pero, como verá la administración, la ley exige publicidad a los acreedores, posibilita la comunicación de créditos, debe elaborarse un informe que puede ser impugnado (Auto AP Navarra de 7 de febrero de 2019 , Auto de AP Sevilla 11 octubre de 2018 , Asturias de 21 de enero de 2019)".

Por ello, las labores, funciones y responsabilidades propias del administrador concursal durante la fase de liquidación habrán de ser retribuidas con las cuantías que arroje la aplicación del arancel. Para la cuantificación de la retribución de esta fase del concurso, se estará a lo previsto en el art. 9, sin aplicación de las reducciones de la D.A. 2ª de la Ley 25/2015 (v. *supra*). Por tanto, deberá recalcularse la retribución de la fase común del concurso, conforme a las reglas generales del art. 4 del arancel, ya que la retribución que corresponde a la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación debe fijarse conforme al art. 9.2: 10 % de la retribución de la fase común durante los seis primeros meses, con reducción al 5 % a partir del séptimo mes. En el siguiente apartado de este trabajo se analizará si es procedente aplicar los límites a la retribución de la fase de liquidación que contempla la [D.T. 3ª](#) de la Ley 25/2015, así como los topes máximos a la retribución total que se prevén en el art. 86, apartado 1, nº 2, TRLC.

Por otra parte, no debe descartarse la entrada en juego de los factores correctores que permiten determinados incrementos retributivos dentro del concurso –v. gr. art. 5 del arancel, relativo al incremento por suspensión de facultades, incremento porcentual por unipersonalidad del art. 4.5 o incremento por concurrencia de factores de complejidad previstos del art. 6.1-.

Como aclara el AAP de Barcelona nº 79/2020, de 14 de mayo, [\[JUR 2020\210804\]](#) , el factor de corrección del art. 4.2 del arancel no resulta aplicable si la suspensión de facultades es fruto de la apertura de la liquidación, simultánea o no a la declaración de concurso. Tampoco tiene justificación, según el AAP de Valencia de 16 de abril de 2020, la aplicación del incremento por sustitución de facultades cuando se trata de personas físicas sin apenas patrimonio que intervenir y con unos

ingresos que, por no superar los límites de inembargabilidad, quedarían fuera del activo que ha de gestionar el administrador concursal.

Más clara es la aplicación al concurso consecutivo del incremento por unipersonalidad del art. 4.5 del arancel –cfr. AAP de Barcelona nº 79/2020, de 14 de mayo, [\[JUR 2020\210804\]](#) -.

A mi juicio, carece de toda lógica que estos incrementos retributivos no puedan aplicarse si, dentro del concurso, se dan las circunstancias que permiten su activación. Así, no debemos obviar que se trata de factores que operan en función de determinados hitos o circunstancias que sólo afloran en un escenario concursal y que, por tal motivo, no pueden ser tomados en consideración para la determinación de la retribución del mediador concursal.

IV. OTROS LÍMITES A LA RETRIBUCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

1. Limitación de honorarios conforme al art. 86.1.2º TRLC

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. Ya hemos expresado cuál es la postura que se mantiene acerca de la norma limitativa del [art. 709.3 TRLC](#) y su inaplicación a los efectos de calcular la retribución que corresponder percibir a la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación. Ello nos conduce a cuestionarnos si operan otros límites previstos normativamente.

La primera incógnita que se plantea conecta con la vigencia de los [artículos 84 a 89 TRLC](#), en los que se regula el régimen retributivo de la administración concursal. Recordemos que en el Texto Refundido se incluye una norma transitoria, en la que se incorpora un régimen temporal especial sobre 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 \(RCL 2014, 1291\)](#) -. La [Disposición Transitoria Única](#) del TRLC 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, 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**”.

Hasta la fecha, no se ha aprobado el desarrollo reglamentario a que se refería la [D.T. 2ª](#) de la citada Ley 17/2014. Esta circunstancia afecta a la vigencia de los [artículos 84](#) a [89](#) TRLC, pero sólo en lo que se corresponda con las modificaciones introducidas por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, en los preceptos equivalentes – [arts. 27](#) y [34](#) LC-. 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 [artículo 34](#) LC por la Ley 17/2014, pues de ello dependerá la correcta selección la disposición aplicable al caso concreto.

Por otra parte, la reforma del [art. 34](#) LC, introducida por la Ley 25/2015, supuso la inclusión de topes cuantitativos máximos a la retribución de la administración concursal. Los cambios introducidos por la citada ley 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 por vez primera una cantidad total máxima que podría percibir la administración concursal por su intervención en el concurso. No obstante, la versión del [art. 34.2.b\)](#) LC, fruto de esta reforma, tampoco 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 establecían en el propio régimen transitorio, entre las que se encontraba la remisión a los límites previstos en el [artículo 34, apartado 2, letra b\)](#) , LC.

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

“ 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 normalmente la aplicación de la norma arancelaria no arroja 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. En la práctica judicial diaria de los juzgados es el segundo límite el que normalmente se activará, lo que 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. Los AAJM nº 1 de A Coruña de 30 de septiembre de 2020 y de 22 de abril de 2021, [ROJ: AJM C 1561/2021], consideran que no cabe aceptar 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 el art. 86, apartado 1, nº 2, TRLC. A continuación, se reproducen parte de los argumentos contenidos en la segunda de estas resoluciones judiciales, en la que se descarta que el propósito del legislador, al consagrar la mencionada regla de la limitación, fuese imponer actuaciones profesionales no remuneradas:

“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 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”).

En caso de concurso consecutivo, el tope retributivo máximo del art. 86, apartado 1, nº 2, TRLC es plenamente aplicable y puede solaparse con el previsto para este tipo de concurso en el [art. 709.3](#) TRLC. Para evitar incurrir en una incorrecta comprensión de la problemática, conviene recordar cómo opera cada una de estas disposiciones:

El [art. 709.3](#) TRLC fija como límite a los honorarios del administrador concursal, previamente designado mediador, la retribución fijada a favor de este último en el expediente de mediación judicial. Según la tesis que se asume en este trabajo, esta limitación no opera: i) si el administrador concursal no desempeñó antes el cargo de mediador; ii) no constituye un tope para la retribución de la fase de liquidación, por lo que los honorarios correspondientes a esta fase habrán de calcularse conforme a las reglas generales del arancel, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá en relación a la aplicación de la [D.T. 3ª](#) de la Ley 25/2015 (*v. infra*).

El art. 86, apartado 1, nº 2, TRLC fija dos topes retributivos alternativos, de forma que se activará el que arroje una retribución de menor importe. En un concurso consecutivo, será siempre el límite que resulte de multiplicar la valoración del activo del concursado por un cuatro por ciento. Sin embargo, este límite podrá dejarse sin efecto cuando así lo razone el juez del concurso mediante el empleo de la facultad de moderación de la retribución de la administración concursal por justa causa.

En suma, lo que se sugiere es una atemperación en la aplicación de estos dos preceptos, que evite una reducción de honorarios más allá de los límites que pueden considerarse aceptables en una comprensión razonable de lo que es el desempeño de un trabajo, de corte eminentemente técnico y de elevada responsabilidad, que debe ser dignamente remunerado. Por ello, el juego de los límites previstos en estas dos disposiciones no puede, en ningún caso, imponer la asunción de una actividad profesional de forma gratuita o con una remuneración tan exigua que ni tan siquiera cubra costes y gastos vinculados a su ejercicio.

2. Aplicación de los límites de la [D.T. 3ª](#) de la Ley 25/2015 tras la entrada en vigor del TRLC

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 han quedado derogados 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 preveían en el articulado de la Ley Concursal y únicamente se recogían 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 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 concursal.

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 cláusula derogatoria no incluye, entre las normas expresamente derogadas, la [D.T. 3ª](#) de la Ley 25/2015. Ello nos obliga a examinar si concurre 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* ", 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-.

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, \[JUR2021\172484\]](#) , 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.

Si se extrapola al marco del concurso consecutivo la conclusión que hemos alcanzado en relación a la plena eficacia de los límites contenidos en la D.T. 3ª, letra b), de la Ley 25/2015, se convendrá que la retribución del administrador concursal para la fase de liquidación únicamente se devengará por un período de doce meses, con posibilidad de dos prórrogas trimestrales adicionales concedidas por el juez del concurso. Con todo, siendo laxos en la interpretación del [art. 709.3](#) TRLC, podrá reconocerse a la administración concursal una retribución por la intervención en la liquidación que no se sujete a las restricciones de este precepto, lo que mejorará notablemente las expectativas económicas del profesional interviniente.

V. REFLEXIÓN FINAL

En último lugar, pasaré a realizar una reflexión final y a formular unas conclusiones, que ayudarán al lector a retener las principales ideas que se han expuesto en las páginas precedentes.

Las restricciones retributivas que se contienen en la normativa concursal para el cálculo de la retribución de la administración concursal en el concurso consecutivo persiguen aligerar los costes asociados a su tramitación, con el propósito de facilitar el acceso del deudor al beneficio de exoneración de pasivo insatisfecho. Recordemos que en el régimen vigente el pago de un umbral de pasivo mínimo, entre el que se incluyen los créditos contra la masa y concursales privilegiados, hace que la obtención de la exoneración se complique para aquellos deudores cuya situación patrimonial es más precaria.

Ciertamente, no parece que el pago de los honorarios de la administración concursal, que comparten la naturaleza de los créditos contra la masa, deba constituir un obstáculo insalvable para el acceso a la segunda oportunidad. Sin embargo, a mi juicio, la solución al problema no debería pasar por imposición de condiciones retributivas inasumibles para los profesionales intervinientes; tampoco puede aceptarse el argumento, habitual en los foros concursales, de que el trabajo a pérdida en estos concursos se compensa con los lucros obtenidos en otros más rentables. A día de hoy, la insuficiencia de masa es la regla y el concurso de acreedores “boyante” brilla por su ausencia. Quienes se dan de alta en la lista de mediadores concursales son concedores de las penosidades asociadas al expediente extrajudicial de pagos y al posterior concurso consecutivo. Algunos profesionales, los más, no dejan por ello de actuar con la profesionalidad exigida y aceptan la designación, asumiendo las nulas expectativas de cobro como un “gaje del oficio” que no debe empañar el desempeño del cargo. Pero otros profesionales no lo han interiorizado con la misma sensatez y, por ello, son frecuentes las renunciaciones al cargo, que ralentizan la apertura del procedimiento concursal y, en ocasiones, agravan la insolvencia del deudor.

Los efectos ínsitos a este problema retributivo no habrían de ser soslayados en

una completa y responsable regulación de la segunda oportunidad. Hasta la fecha, el legislador ha sido inmune a la anterior problemática, mientras que, en el Derecho que está por venir, la solución ideada consiste en suprimir el acuerdo extrajudicial de pagos y en declarar que es deuda no exonerable la generada por los “*gastos judiciales derivados de la tramitación de la solicitud de exoneración*”. Veremos si dentro de esta categoría de deuda no exonerable cabe incluir los honorarios de la administración concursal, si finalmente se incluye en la versión definitiva una previsión como la que recoge el art. 489.1.6º del 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 (Directiva de reestructuración e insolvencia). Tal vez fuera una alternativa satisfactoria la de asumir, con cargo a las arcas públicas, el pago de los honorarios del profesional interviniente, desplazando así la solidaridad que requieren los casos más extremos al conjunto de la sociedad.

VI. CONCLUSIONES

A continuación, se exponen de manera sintética las conclusiones que pueden extraerse de este trabajo:

La limitación retributiva prevista en el [art. 709.3](#) TRLC, por la que el mediador concursal nombrado administrador concursal no podrá percibir más retribución que la que le hubiera sido fijada en el expediente de mediación extrajudicial, no proscribire que el profesional pueda percibir honorarios por su intervención en el concurso de acreedores subsiguiente al expediente extrajudicial de pagos.

El [art. 709.3](#) TRLC únicamente impone un tope máximo a la retribución del administrador concursal, cuando éste fue, previamente, designado mediador concursal: el límite cuantitativo se hace coincidir con la retribución que se hubiese fijado en el expediente de mediación extrajudicial; a su vez, estos derechos económicos deberán calcularse conforme a los parámetros contenidos en la D.A. 2ª de la Ley 25/2015.

El precepto anteriormente citado no se aplicará en aquellos concursos consecutivos en los que el cargo de administrador concursal recayese en una persona distinta del profesional que desempeñó el cargo de mediador en el expediente extrajudicial de pagos.

La regla de la limitación del [art. 86.1.1º](#) TRLC, por la que se fijan determinados topes cuantitativos máximos a la retribución total que puede percibir la administración concursal por su intervención en el concurso, podrá ser desactivada por el juez del concurso acudiendo a la facultad de moderación por justa causa que le otorga el [art. 88](#) TRLC. Ello estará justificado en aquellos concursos en los que el límite retributivo del 4 % del valor de la masa activa arroje una cifra de honorarios tan reducida que no cubra las mínimas expectativas económicas del profesional interviniente.

El límite contemplado en el mencionado [art. 709.3](#) TRLC tampoco entrará en juego para topár los honorarios que devengue la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación. Para el cálculo de la retribución correspondiente a esta fase, habrá de acudirse a las reglas generales del arancel –cfr. art. 4-, que sirven para cuantificar la retribución de la fase común, sin que proceda aplicar los factores de minoración que prevé la D.A. 2ª de la Ley 25/2015. Sobre la base de la retribución así calculada, la que habrá de percibir el administrador concursal por su intervención en la fase de liquidación habrá de observar las prescripciones del art. 9.2 del arancel.

La retribución que podrá percibir la administración concursal por su intervención en la fase de liquidación estará sometida a los límites de la [D.T. 3ª](#) de la Ley 25/2015, ya que esta disposición no ha quedado derogada por la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley Concursal.
