

JURISPRUDENCIA
Comentario

**Los honorarios del administrador
concursal letrado en los
incidentes concursales**
(comentario crítico de la sentencia de la
Audiencia Provincial de Madrid [sección 28ª], de
30 de diciembre de 2008)

Jesús Riesco Milla
Abogado
RIESCO ABOGADOS

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN

II. LA SENTENCIA COMENTADA.- 1. *Cuestión planteada*-2. *La interpretación de las normas aplicables*-2.1. *La interpretación gramatical sintáctica*-2.2. *La interpretación sistemática*- 2.3. *La interpretación teleológica*-2.4. *Los antecedentes legislativos*.

III. EL REAL DECRETO LEY 3/2009

III. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE LA CORUÑA, DE 31 DE MARZO DE 2009

IV. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

El día 1 de abril pasado, coincidiendo con el cierre de la edición de este número del Anuario, entró en vigor el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, que introduce importantes reformas en la Ley Concursal¹ orientadas, en parte, a la reducción de los costes del procedimiento y agilización de sus trámites, incluyendo en las funciones del abogado miembro de la administración concursal la dirección técnica de todos los recursos e incidentes sin excepción en los que intervenga dicho órgano, lo que pone fin a la polémica surgida en relación a la interpretación del apartado 5 del art. 184 de la Ley, que es, precisamente, la cuestión que se analiza en la sentencia que es objeto de este comentario.

¹ El Real Decreto modifica 40 artículos de la Ley.

Ciertamente, la reforma aclara el texto normativo y es de aplicación en aquellos incidentes que se inicien a partir de su entrada en vigor, aunque se trate de concursos en tramitación, pero es cuando menos discutible su aplicación a los incidentes iniciados con anterioridad, que no están expresamente mencionados en la Disposición Transitoria Tercera².

Ese problema de derecho transitorio, unido a la inmediatez de la reforma y la premura originada por la fecha de cierre de la edición de este número del Anuario, justifican que hayamos respetado el comentario original de la sentencia dictada por la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de diciembre de 2008, añadiendo una breve referencia al alcance de dicha reforma en el sistema de retribución de la administración concursal, bien entendido que todas las menciones y citas que se hacen a la Ley Concursal y a la postura mantenida por la doctrina en el siguiente título (II) se refieren a su redacción anterior a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2009.

II. LA SENTENCIA COMENTADA

1. Cuestión planteada

En su sentencia de 30 de diciembre de 1998 (rollo de apelación núm. 250/2007), la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid³, estimando la impugnación presentada por el Abogado del Estado en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria⁴, acuerda excluir de una tasación de costas los honorarios minutados por el abogado miembro de la administración concursal por la dirección técnica de dicho órgano en un incidente tramitado en primera instancia en el seno del concurso, considerando que esa actuación profesional está comprendida en sus funciones como administrador y, consecuentemente, que sus honorarios están incluidos en la retribución que le corresponde de acuerdo con el arancel aprobado en el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre (RCL 2004, 1960).

² El art. 2.3 del Código Civil establece el principio general de la irretroactividad de las normas, inspirado en el axioma "*tempus regit factum*", y en los criterios de certeza, predecibilidad, seguridad y confianza en el ordenamiento jurídico vigente (art. 9.3 de la Constitución Española), que implica el respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas o más favorables (SSTS [1ª] de 6 de abril de 1993, 25 de mayo de 1995, 3 de noviembre de 1997 y 19 de octubre de 1999, entre otras), de manera que, aún para admitir un grado débil o mínimo a la retroactividad de una ley es preciso que ésta así lo disponga, expresa o tácitamente, sin que, en este caso, pueda extenderse a los efectos de la relación jurídica nacida bajo el imperio de una ley derogada que hayan de desplegarse bajo la vigencia de la ley que la deroga (SSTS [1ª] de 7 de julio de 1987, 16 de junio de 1993 y 29 de septiembre de 1997).

³ Sección especializada para la revisión en apelación de los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas en primera instancia por los juzgados de lo mercantil, salvo las que se dicten en incidentes concursales sobre materia laboral (art. 82.4, de la Ley Concursal, en relación con el art. 89 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

⁴ Los Abogados del Estado adscritos al Servicio Jurídico de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, siguiendo instrucciones de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado (arts. 32.1 y 34 del Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado), están impugnando con los mismos argumentos y de forma sistemática los honorarios del abogado de la administración concursal por la dirección técnica de incidentes concursales.

Sobre esta cuestión ya se habían pronunciado el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña en su sentencia de 16 de enero de 2005 (JUR 2006, 124260), el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo en sus autos de 25 de abril de 2006 (JUR 2006, 299833) y 12 de enero de 2007 (concurso ordinario núm. 799/2007 de la sociedad ASENTAMIENTOS INMOBILIARIOS LACOR, S.A) y el Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Barcelona en su auto de 9 de junio de 2008⁵ (ADC [Civitas], núm. 15, 2008-3, pgs. 520 y ss.), en el sentido de considerar que el abogado miembro de la administración concursal -ya sea el componente de la administración trimembre (art. 27), ya se trate de un administrador concursal único (art. 191.2)- tiene derecho a percibir con cargo a la masa activa⁶ los honorarios -no derechos arancelarios- que devengue por la dirección técnica y defensa de la administración concursal en los incidentes en que ésta intervenga durante la tramitación del concurso.

En consecuencia, el problema que la sentencia comentada califica de “*espinoso*”, no sólo se ha “*insinuado en los foros concernidos*”, sino que ha sido planteado expresa y formalmente en sede jurisdiccional, que se ha pronunciado en el sentido indicado, y también por la doctrina, que mantiene posturas divergentes al respecto⁷.

2. La interpretación de las normas aplicables

2.1. Introducción

La Audiencia de Madrid afirma en su sentencia que la cuestión sometida a su decisión es de carácter jurídicamente dudoso y que ha sido fruto de “*un*

⁵ Esta sentencia no se pronuncia sobre la inclusión como crédito contra la masa de los honorarios del abogado de la administración concursal por la dirección técnica de incidentes, pero sí afirma que esa actuación profesional no está incluida entre sus funciones como administrador, resolviendo otras cuestiones, como la relativa a la posibilidad de contratar a letrados externos y la exigencia de previa autorización del juzgado que conoce del concurso.

⁶ Aunque no vengán incluidos en la relación del art. 84 de la Ley Concursal, su consideración de créditos contra la masa con las consecuencias previstas en el art. 154 (pago prededucible a su vencimiento), se desprende de los arts. 34.1 y 84.11 de la Ley, en relación con el art. 1.1 del Real Decreto 1860/2004.

⁷ En favor de inclusión de los honorarios de los incidentes como crédito contra la masa: C. SENÉS (en ROJO-BELTRÁN, *Comentarios de la Ley Concursal* [Civitas], 1ª edición, 2004, pg. 2742), D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (“La retribución de los administradores concursales”, *Diario La Ley* [La Ley], núm. 6526, Sección Doctrina, de 19 de mayo de 2005), M.ª ISABEL HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (“Actuación del administrador concursal letrado en recursos, incidentes y juicios relacionados con el concurso”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal* [La Ley], núm. 8, Primer Semestre 2008), E. HERRERA CUEVAS (“Algunas consideraciones del estatuto de la administración concursal”, *Diario La Ley* [La Ley], núm. 6437, Sección Doctrina, de 9 de marzo de 2006), P. VILA FLORENSA (en J. M.ª SAGRERA TIZÓN, A. SALA REIXACHS Y A. FERRER BARRIENDOS, *Comentarios a la Ley Concursal* [Bosch], Tomo III, Barcelona, 2004, pg. 2374) y T. RAMÓN IBOS y J.M. DE CASTRO ARAGONÉS (*La administración concursal: actuación, estatuto jurídico, responsabilidades y funciones* [Bosch], 1ª edición, 2007). A favor de la no inclusión: I. TORADO MARTÍ (*Los administradores concursales* [Thomson-Civitas], Cizur Menor, 2005, pg. 489), C. CADENAS DE GEA (*La retribución de los administradores concursales* [Tirant Lo Blanch], Valencia, 2009 pgs. 57 y ss.), V. MAGRO SERVET (“Ley Concursal. La competencia y la responsabilidad de la administración concursal en la Ley 22/2003”, *Diario La Ley* [La Ley], núm. 6177, Sección Doctrina, de 27 de enero de 2005) y L. SHAW MORCILLO (en SAN JUAN Y MUÑOZ, “La administración concursal”, *Competencias del Juzgado de lo Mercantil* [Tirant Lo Blanch], Valencia, 2008, pgs. 1044 y ss.).

meticuloso debate” en el que “ha intentado desentrañar las ambigüedades y contradicciones aparentes de las que adolece la normativa aplicable”, reconociendo seguidamente que “ha integrado mediante racional persuasión el parecer – inicialmente discrepante y anclado en pretéritos posicionamientos- de alguno de sus miembros”.

No nos sorprende la intensidad de ese debate teniendo en cuenta que las posturas enfrentadas de las partes –administración concursal y Agencia Tributaria- se basan, aunque con una interpretación diametralmente opuesta, en los mismos preceptos de la Ley Concursal (arts. 184.5 y 84.2,2.º) y del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre (arts. 2.1 y 3.3).

En otro orden de cosas, aún admitiendo que no hay interpretación posible de una norma sin su lectura previa, pero que tampoco es válida y jurídicamente eficiente la lectura que no implique una interpretación, es discutible que el sentido propio de las normas aplicables sea en este caso ambiguo, y que, de acuerdo con la regla *“in claris non fit interpretatio”*⁸, sea precisa su exégesis con arreglo a los criterios establecidos en el Código Civil (art. 3.1). Lo que queremos decir es que la interpretación tiene que partir del único elemento externo sensible a la aprehensión del intérprete, esto es, de las palabras (interpretación gramatical literal), no siendo admisible que su literalidad –cuando es diáfana- pueda ser sustituida por una investigación que se aparta de la misma en busca de un posible sentido diverso.

La sentencia que comentamos hace una interpretación forzada de las normas aplicables, basándose en argumentos interpretativos muy discutibles, que además pueden ser utilizados para llegar a una conclusión diametralmente opuesta a la que defiende, y que, a nuestro juicio, contraviene su espíritu y finalidad⁹, que debe de ser el criterio hermenéutico prevalente, pues las normas, como todo el derecho, son trascendentes y no fin en sí mismas, esto es, son instrumentos al servicio de la realización de la justicia¹⁰.

Debe de tenerse en cuenta, finalmente, que aunque el Código Civil (art. 3.1) no contiene ninguna referencia a la interpretación lógica de las normas, en absoluto la excluye, debiendo de entenderse como tal la que sea acorde con las reglas del correcto razonar humano, que no son otras que las de la lógica y la razón¹¹.

⁸ Aunque la vigencia de esta regla o aforismo es cuestionada por algún sector de la doctrina, la Sala 1ª del Tribunal Supremo la ha aplicado en sentencias recientes, como las de 30 de junio de 2008 (EDJ 2008/118921), 3 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/166711) y 31 de diciembre de 2007 (EDJ 2007/260274).

⁹ Como señala la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/166711) *“no cabe forzar la interpretación de las normas hasta contradecir su propio espíritu y finalidad, con el pretexto de hacer una interpretación puramente literal de las mismas”*.

¹⁰ El criterio en la interpretación de norma jurídica es hacer prevalecer lo que verdaderamente quiso el legislador (SSTS [1ª], de 3 de septiembre de 2008 -ya citada-, de 30 de marzo de 1983 y de 10 de julio de 1985).

¹¹ A. GULLÓN (en I. SIERRA GIL, *Comentario del Código Civil* [Bosch], Tomo I, Barcelona, 2000, pg. 375).

2.2. La interpretación gramatical sintáctica

De acuerdo con el art. 184.5 de la Ley Concursal: *“Los administradores concursales serán oídos siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando intervengan en recursos o incidentes deberán hacerlo asistidos de letrado. Como regla general, la dirección técnica de estos recursos se entenderá incluida en las funciones del letrado miembro de la administración concursal”*

La cuestión que plantea la sentencia es si el segundo inciso de la norma transcrita, que únicamente menciona los recursos, se refiere también a los incidentes, pero no resuelve, ni plantea, una segunda cuestión: si, como afirma la Sala, la expresión *“estos recursos”* se refiere también a los incidentes, cómo se explica la contradicción existente entre este artículo y el artículo 84.2,2º, que califica como créditos contra la masa las costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación de la administración concursal en los incidentes, y con el art. 3.3 del arancel establecido en el Real Decreto 1860/2004¹², que únicamente excluye como créditos contra la masa las costas y gastos judiciales originados por los recursos que se interpongan contra las resoluciones del juez cuando fueran total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas¹³, lo que supone incluir como créditos contra la masa no sólo los incidentes, sino también la impugnación o adhesión a los recursos que no sean interpuestos por la propia administración concursal y de todos los recursos que ésta interponga y sean estimados totalmente, haya o no expresa condena en costas¹⁴.

La sentencia de la Audiencia de Madrid interpreta que el art. 184.5 de la Ley Concursal, al emplear en su inciso final la palabra *“recursos”* para referirse a aquella materia que ha de considerarse incluida dentro de las funciones propias del letrado miembro de la administración concursal, no emplea el artículo *“los”* (*“los recursos”*), sino que opta por el empleo de la partícula *“estos”* (*“estos recursos”*), es decir, siempre según la sentencia, *“por la utilización de un demostrativo con el que, según la definición que de los de su clase nos proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se pretende señalar aquello que en el discurso “se acaba de mencionar”*.

¹² En opinión de I. TIRADO MARTÍ (*Los administradores concursales*, op. cit.) este precepto constituye *“una delimitación del ámbito competencial de los administradores”*. Por su parte, M.ª I. HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación del administrador concursal* ..., op. cit.) entienden que este precepto desarrolla el art. 184.5 de la Ley, incluyendo únicamente entre las funciones del abogado administrador la dirección de los recursos que se interpongan contra resoluciones del juez (por ejemplo, el auto que fija la retribución), quedando extramuros de dichas funciones el resto de recursos que puedan interponer las demás partes personadas en el procedimiento.

¹³ Como señala E. BELTRÁN SÁNCHEZ (en *Comentarios de la Ley Concursal* [Civitas], 1ª edición, 2004, pg. 2742, pg. 1.512) *“con esta disposición se pretende, evidentemente, reducir al máximo los recursos que puedan presentar el concursado o la administración concursal, ya que, caso de condena en costas, dichos gastos no serán satisfechos por la masa”*.

¹⁴ Así lo entienden M.ª I. HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación del administrador concursal* ..., op. cit.); E. HERRERA CUEVAS (*Algunas cuestiones* ..., op. cit.) y, en la práctica *-obiter dicta-*, la sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de noviembre de 2006 (AC 2006/2020); en contra: I. TIRADO MARTÍ (*Los administradores* ..., op. cit. pg. 489) y C. SENÉS (*Comentarios* ..., op. cit. pg. 2.742).

Aún admitiendo que la redacción del precepto no ha sido la más afortunada¹⁵, vista la polémica que suscita su interpretación, la sentencia parte de un error gramatical: la palabra “*estos*” antepuesta al sustantivo “*recursos*” y sin acento diacrítico¹⁶ no funciona como pronombre demostrativo, sino como determinante¹⁷ del sustantivo al que precede, porque no lo sustituye –que es la función del pronombre- sino que lo actualiza.

En consecuencia, una interpretación sintáctica de la norma no permite la remisión que defiende la sentencia, que, en una suerte de elucubración sin respaldo gramatical, sostiene que la palabra “*estos*” se refiere “*a aquello que precede al punto tras el cual se inicia su último inciso*”, añadiendo que “*la indicación de proximidad que cumple ... ejerce esa influencia semántica de una manera muchísimo más directa e inmediata sobre la materia relativa a los “incidentes” que es, precisamente, lo último que se menciona antes del punto*”.

Sigue diciendo la sentencia, que sólo concibe “*como intelectualmente viable, es decir, como capaz de dotar de coherencia al precepto y de disipar aquella contradicción aparente, la interpretación siguiente: cuando en su primer inciso emplea los términos “recursos” e “incidentes”, la norma está atribuyendo a ambas expresiones el significado jurídico que les es propio y genuino. En cambio, cuando en su segundo inciso utiliza la expresión “estos recursos”, lo hace para referirse a todo cuanto acaba de mencionar, es decir, para englobar en la expresión “recursos”, esta vez utilizada con un carácter amplio y omnicomprendivo, tanto a los “recursos” en sentido estricto como a los “incidentes*”.

El razonamiento de la sentencia pugna con la lógica de lo razonablemente común. Es como si los magistrados ya tuviesen un criterio formado de antemano y su debate e interpretación, ínsitos en la función jurisdiccional, fuera posterior a esa convicción y tuviera como único fin dotarla de causa, invirtiendo el proceso que exige toda labor jurisdiccional. No es acaso más lógico e “*intelectualmente viable*” pensar que si en el primer inciso de la norma se incluyen y distinguen expresamente los recursos y los incidentes y en el segundo sólo se mencionan los recursos no es un por un descuido involuntario del legislador o porque utilice un criterio distinto en cada inciso –en el primero diferenciador y en el segundo globalizador-, sino porque su voluntad fue regular de forma diferente dos supuestos de hecho distintos: de un lado, el deber de postulación de la administración concursal por medio de abogado tanto en los recursos como en los incidentes en los que sea parte, y, de otro, la atribución como regla general al abogado administrador concursal de la dirección técnica de los recursos, inciso desarrollado en el art. 3.3 del Real Decreto 1.860/2004 en el sentido, ya indicado, de excluir como créditos contra la masa únicamente las costas y gastos de los

¹⁵ M.^a I. HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación del administrador concursal*, op. cit.) critican la falta de claridad del precepto en sus dos incisos, al mezclar en el primero la capacidad y representación procesal con la dirección técnica y en el segundo enunciar una regla general sin concretar la regla o reglas especiales, haciendo además una equívoca remisión al primer inciso.

¹⁶ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (www.rae.es): “*Dicho de un signo ortográfico: Que sirve para dar a una letra o a una palabra algún valor distintivo*”.

¹⁷ Es lo que los gramáticos denominan determinativos o determinantes (L. GÓMEZ TORREGO, *Gramática didáctica del español* [SM], 9ª edición, 2007, pg. 67) o adjetivos determinativos (E. ALARCOS LLORACH, *Gramática de la lengua española*, [Espasa], 17ª edición, 2008, pg. 100).

recursos interpuestos por la administración concursal que fueran total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas.

Otro argumento que introduce la sentencia, igualmente discutible, es que los incidentes comparten con los recursos una naturaleza necesariamente impugnatoria¹⁸, lo que explica, a juicio de la Sala, la solución legal como una *“respuesta a la necesidad de servirse de una fórmula que aglutine a ambos tipos de trámites unificando su tratamiento en atención a su compartida naturaleza de ser, en general y en sentido amplio, mecanismos impugnatorios, esto es, actuaciones procesales con las que se aspira a combatir, bien el contenido de una resolución judicial, bien una decisión de la Administración Concursal o, en definitiva, el posicionamiento alcanzado en el seno del concurso por cualquiera de sus protagonistas”*.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 192 de la Ley Concursal (también en su Exposición de Motivos, X), *“todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal”*, debiendo de seguir este trámite también las acciones que imperativamente deban de ejercitarse ante el juez del concurso (arts. 192.1, 8.1 y 2; 50.1; 64.8-II). Pues bien, podemos citar como ejemplos de incidentes de naturaleza no impugnatoria –en sentido lato cualquier procedimiento contencioso el ejercicio de una pretensión por quien demanda y de una oposición por quien contesta - los relativos a la compensación de créditos, a la resolución de contratos perjudiciales para la masa activa o por incumplimiento posterior a la declaración del concurso, a la modificación, suspensión y extinción de contratos de trabajo, al ejercicio de acciones rescisorias, al derecho de separación y a la autorización para la venta de activos.

Como señala la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña de 20 de enero de 2005 *“procesalmente los recursos y los incidentes son cosas distintas y se regulan en distintos capítulos de la Ley Concursal: los recursos en el capítulo IV del Título VIII y el incidente concursal en el capítulo III de ese mismo título”*, añadiendo que *“para unos y para otros es preceptivo que la administración concursal actúe con asistencia de un abogado, pero sólo en el caso de los recursos la dirección técnica de la actuación de la administración concursal -ya sea colegiada o unipersonal- se entiende incluida en las funciones del letrado miembro de la misma. Para no entenderlo así habría que sostener que cuando la ley dice “estos recursos” está aludiendo impropiaamente a todas las actuaciones procesales de la administración concursal para las que precisa asistencia de abogado , es decir, tanto a los recursos como a los incidentes, interpretación ésta que por forzada y contraria al preciso acotamiento legal debe ser necesariamente rechazada”*.

¹⁸ A favor de la diferente naturaleza de los recursos e incidentes concursales: M.^a I. HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación de los administradores ... op. cit.*); a favor de la tesis identificadora: J.F. GARNICA MARTÍN (*“Apechos procesales de la Ley Concursal”*, *La nueva Ley Concursal, Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, 2003, pg. 141), F. CORDÓN MORENO (*Proceso concursal* [Thomson-Aranzadi], Cizur Menor, 2005, pg. 301) y J.M. DE CASTRO ARAGONÉS (*“Las funciones específicas del Letrado de la administración concursal”*, *La reforma concursal*, FERNÁNDEZ SEIJO [dir.], *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 85, 2005, pg. 137).

2.3. La interpretación sistemática

Abandonando ese primer *“enfoque puramente gramatical”* la sentencia descarta que los principios de unidad (en realidad de *“identidad”*) y exclusividad, establecidos, respectivamente, en los artículos 2.1 y 3.1 del Real Decreto 1860/2004, cuya aplicación invoca la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, arrojen alguna luz sobre la cuestión planteada.

Ciertamente, el artículo 2.1 del Real Decreto 1860/2004, que establece que la retribución de los administradores concursales profesionales será idéntica, nada aporta a la solución del debate, pues lo que se cuestiona no es la identidad de la retribución, sino si los honorarios del abogado administrador concursal por la dirección técnica de los incidentes están o no incluidos en su retribución como administrador.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, en su sentencia de 20 de enero de 2005, señala al respecto que *“la regla de la identidad aplicable a los procedimientos concursales de tramitación ordinaria no se ve alterada por esa conclusión si admitimos la premisa en que se sustenta: el arancel reglamenta la retribución correspondiente a la administración concursal por el desempeño de las funciones que tiene legalmente encomendadas (artículo 1. 1 de la Ley Concursal), y entre esas funciones no se encuentra la asistencia letrada de la administración concursal en los incidentes que se susciten durante el concurso”,* consecuentemente, *“el precio de esos servicios -cuando sean prestados por el propio letrado componente de la administración concursal- no puede entenderse incluido en su retribución arancelaria”*.

Tampoco es de ninguna ayuda el artículo 3.1 del Real Decreto que aprueba el arancel, que establece la regla de la exclusividad, es decir, que los administradores concursales no pueden percibir en el ejercicio de sus funciones con cargo a la masa cantidades distintas de las que resulten de la aplicación del arancel, pues lo que se cuestiona es si la dirección técnica de los incidentes por el abogado de la administración concursal es o no una función atribuida legalmente al mismo.

Sin embargo, el apartado 3 de este artículo, en absoluta concordancia con los artículos 84.2,2º y 184.5 de la Ley Concursal, aclara, refiriéndose exclusivamente a los recursos, que el administrador concursal que tenga la condición de abogado no podrá percibir con cargo a la masa activa cantidad alguna por la dirección técnica de los mismos, lo que echa por tierra la teoría gramatical de la sentencia sobre la función y significado en el segundo inciso del último precepto citado de la palabra *“estos”*, pues en este caso (art. 3.3 del Real Decreto 1860/2004) no existe remisión posible.

En relación a este precepto reglamentario la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña, anteriormente citada, afirma que *“el artículo 3 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, refuerza la conclusión anterior a tenor de la cual es legalmente obligado a estos efectos diferenciar entre los recursos y los incidentes”*. Con un razonamiento impecable, el Juzgado continúa diciendo que la limitación o aclaración normativa del punto 3 *“no tiene ningún*

sentido -o es absurdamente redundante- si, como la Abogacía del Estado sostiene, la regla de la exclusividad es absoluta y se proyecta sobre cualesquiera actuaciones profesionales del letrado miembro de la administración concursal en el seno y durante la tramitación del concurso” porque “si fuera esa la interpretación correcta no habría ninguna necesidad de establecer lo que el artículo 3.3 dice, precepto que se explica y justifica perfectamente ... en coherencia con la letra del segundo inciso del núm. 5 del artículo 184 de la Ley concursal ... , y no parece discutible a la vista de los términos del artículo 184.5 de la Ley concursal que si bien la dirección técnica de los recursos sí está atribuida al letrado miembro de la administración concursal -no solamente, por cierto, la de los recursos interpuestos por la propia administración concursal como parece presuponer el artículo 3.3 del Real Decreto 1860/2004, sino cualquier intervención procesal de la administración concursal en recursos-, la dirección técnica de los incidentes no está entre las funciones legalmente atribuidas al letrado miembro de la administración concursal, ni siquiera como regla general. Lo único que la ley prevé es que la administración concursal intervenga -cuando lo haga- asistida de letrado”.

La Audiencia de Madrid, advirtiendo la contradicción existente entre el artículo 184.5 de la Ley Concursal y el artículo 3.3 del Real Decreto 1860/2004, invoca “*ex abundantia*” el principio de jerarquía normativa, señalando que el precepto reglamentario no puede contravenir una norma con rango legal que se limita a desarrollar¹⁹. Esta afirmación supone dar por supuesta la contravención entre la norma legal y la reglamentaria, siendo lógico pensar que al redactar las disposiciones reglamentarias el legislador lo hace teniendo en cuenta el espíritu y la finalidad de las normas que desarrollan²⁰, máxime cuando, como sucede en este caso, entre la norma y su desarrollo reglamentario no ha transcurrido apenas un año.

Al hilo de lo anterior, si bien es cierto que el artículo 1.1 del Real Decreto 1860/2004 no concreta las funciones de la administración concursal y que la Ley Concursal no las engloba en un solo precepto, sino de forma dispersa a lo largo de todo su articulado, es muy ilustrativo el auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, de 31 de marzo de 2008 (La Ley 138180/2008)²¹, que relaciona con detalle todas las funciones encomendadas a la administración concursal con carácter homogéneo o a cada uno de sus miembros con carácter específico, no incluyendo entre las mismas la dirección técnica de los incidentes por el administrador concursal abogado.

Dice al respecto el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo en sus autos de 25 de abril de 2006 y 12 de enero de 2007²², anteriormente citados, que “*de lo aquí expuesto se colige con claridad que la Ley Concursal no impone al integrante de la administración concursal con la titulación de abogado, fuera de las competencias que le son comunes para todos los miembros, otra función*

¹⁹ Así lo entiende I. TIRADO (*Los administradores concursales*, op. cit., pg. 489).

²⁰ Vid.: Sentencia del Tribunal Supremo [1ª], de 3 de septiembre de 2008 (EDJ 2008/166711).

²¹ Esta sentencia se refiere a la facultad de la administración concursal de designar a un abogado distinto al que es miembro de dicho órgano para la dirección técnica de un incidente.

²² En el mismo sentido: Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona, de 9 de junio de 2008 (ADC [Civitas], núm. 15, 2008-3, pgs. 520 y ss.).

específica que la de asumir la repetida dirección técnica de los recursos que el órgano jurisdiccional interponga contra las resoluciones del juez del concurso – tarea que no podrá ser retribuida de manera individualizada con cargo a la masa activa al resultar inherente a su condición de miembro del órgano concursal- pero ninguna otra”.

Siguiendo con su interpretación sistemática, la sentencia de la Audiencia de Madrid señala que cuando el artículo 84.2,2º de la Ley Concursal conceptúa como créditos contra la masa *“los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes”*, no pretende definir las funciones que corresponden a los miembros de la administración concursal, sino que está refiriéndose exclusivamente a aquellos créditos que eventualmente pueda generar la asistencia letrada de la misma cuando efectivamente se produzca esa clase de devengo y no en otro caso, lo cual es tanto como hacer supuesto de la cuestión, es decir, dar por supuesto que la intervención del abogado de la administración concursal en la dirección de incidentes no le da derecho a percibir honorarios.

En realidad, según el criterio de la sentencia, el único supuesto en que se devengarían honorarios con cargo a la masa sería el de abogado contratado por el administrador único no letrado, lo cual supone vedar a la administración concursal trimembre la posibilidad de encomendar a un profesional externo su asistencia letrada²³.

Sobre esta cuestión, el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo en sus autos de 25 de abril de 2006 y 12 de enero de 2007, afirma que *“la administración concursal es libre, dentro del ámbito de decisión en que se desenvuelve su actuación, para contratar los servicios de otro letrado que asuma la repetida tarea si entiende que concurren circunstancias -cualitativas como puede ser la complejidad técnica o la dispersión geográficas de los asuntos, o cuantitativas como su elevado número- que así lo aconsejan en interés de la masa”*²⁴.

Hacemos un inciso en este punto para plantearnos una cuestión, que ni siquiera sugiere la sentencia comentada. ¿Podría entenderse que la dirección técnica de los recursos e incidentes por el abogado miembro de la administración concursal implica autocontratación?. Y, en caso de responder afirmativamente, ¿se trataría de un contrato ineficaz?. En nuestra opinión, en el supuesto de administración integrada por tres miembros en los que exista un acuerdo unánime o mayoritario no cabe hablar de autocontratación, porque no existe una sola voluntad contractual, sino dos. En el supuesto de administrador único abogado, sería preciso examinar si existe una colisión de intereses que ponga en riesgo su imparcialidad o rectitud, lo cual exigiría valorar caso por caso la viabilidad de la

²³ La regla general es que el abogado de la administración concursal será el que libremente designen la mayoría de los integrantes del órgano (art. 35.2 LC), sin que el administrador discrepante del criterio mayoritario tenga derecho a la designación de un letrado propio (C. SENÉS, *Comentarios ...*, op. cit., pg. 2.742).

²⁴ En el mismo sentido: Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Barcelona, de 9 de junio de 2008, ya reseñado (nota 14).

actuación en un plano procesal y de fondo en relación con el interés del concurso y las condiciones en que se realiza²⁵.

2.4. La interpretación teleológica

La sentencia, concluye su fundamentación jurídica con una referencia a lo que califica de interpretación teleológica²⁶, pero, en realidad, se remite al derecho comparado, en concreto, a la ley alemana de la insolvencia, de 5 de octubre de 1994, en la que la actuación letrada se retribuye con independencia porque el órgano de administración concursal es unipersonal y de profesión no letrada, considerando la sentencia, *“que no resulta concebible que nuestra Ley haya querido diseñar un órgano de administración colegiado integrado por un letrado, si no fuera con la finalidad de que sea precisamente este quien asuma, sin gravar adicionalmente a la masa, las competencias naturales que se encuentran dentro de la órbita de su preparación profesional”*.

La comparación es poco afortunada. La ley alemana sí reconoce el derecho a la retribución independiente de los abogados externos por su intervención profesional en representación del órgano unipersonal de administración, considerando que esa actuación no está comprendida entre sus funciones a fin de evitarle una sobrecarga de trabajo²⁷.

2.5. Los antecedentes legislativos

La sentencia no hace ninguna mención a los antecedentes legislativos de la Ley Concursal, criterio legal de interpretación según el Código Civil (art. 3.1), y, en concreto, al Proyecto de 23 de julio de 2002²⁸, en el que la dirección técnica, no

²⁵ Nuestro Derecho positivo no regula la autocontratación. Sólo se detecta en el Código Civil y en el Código de Comercio supuestos de hecho que coinciden con algunos que son propios del autocontrato (por ejemplo, art. 1459.1 del Código Civil y el art. 276 del Código de Comercio), y de los que puede inferirse, en principio, una prohibición de la autocontratación, dado que tienden a evitar el conflicto de intereses que se produce entre los propios y personales del afectado por la prohibición y los de los otros por los que ha de velar en virtud de la posición jurídica que ostentan. En la Jurisprudencia se observa una importante evolución, pues si en un principio negó la validez del autocontrato, posteriormente ha dado franca entrada a la figura en nuestro ordenamiento, al considerar que la prohibición que se deduce de las normas del Código lo es con la finalidad de prevenir toda colisión de intereses que pongan en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, pero sin que en la hipótesis contraria haya razón legal suficiente para negarle eficacia como forma lícita del comercio jurídico (SSTS [1ª] de 5 de noviembre de 1956, 30 de septiembre de 1998, 8 de enero de 1980 y de 12 de junio de 2001).

²⁶ La interpretación teleológica de las normas es la que trata de averiguar su objetivo y finalidad.

²⁷ I. TIRADO MARTÍ (*Los administradores concursales ... op. cit.* pg. 489).

²⁸ Proyecto de Ley concursal aprobado por el Consejo de Ministros, en sesión del 5 de julio de 2002, y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de fecha 23 de julio de 2002, cuyo art. 184.5 era del siguiente tenor literal: *“Los administradores judiciales serán oídos siempre sin necesidad de comparecencia en forma, pero cuando interpongan recursos o planteen incidentes deberán de hacerlo asistidos de Letrado, que podrá ser el administrador en quien concurra tal condición”* (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A., Proyectos de Ley, 23 de julio de 2002), posteriormente modificado a su redacción anterior al RDL 3/2009 en el Informe de la Ponencia en el Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Proyectos de Ley, 24 de marzo de 2003).

sólo de los incidentes, sino también de los recursos, se contemplaba como una facultad y no una obligación del abogado de la administración concursal (art. 184), es decir, tampoco la dirección técnica de los recursos era una función atribuida al abogado de la administración concursal.

III. EL REAL DECRETO LEY 3/2009

El día 1 de abril pasado ha entrado en vigor²⁹ el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, norma que introduce importantes reformas en la Ley Concursal, que se justifican, según se puede leer en su Exposición de Motivos, en la inadecuación de alguna de sus previsiones, detectada como consecuencia de la crisis, y en la necesidad de promocionar los acuerdos de refinanciación, agilizar los trámites procesales y reducir los costes del proceso³⁰.

Las modificaciones aprobadas con la finalidad de reducir los costes del procedimiento que afectan directa o indirectamente a la retribución de la administración concursal son las siguientes:

1º Se modifica el apartado 5 del artículo 184, de aplicación inmediata a todos los procedimientos concursales en trámite³¹, estableciendo que cuando la administración concursal intervenga en recursos e incidentes deberá de hacerlo asistida de abogado (coincidiendo con la redacción original) y que la dirección técnica, no sólo de los recursos, sino también de los incidentes, se entiende incluida sin excepciones³² entre las funciones del letrado miembro de la administración concursal, sin perjuicio, claro está, de la posible delegación de esa función concreta en abogados externos en calidad de auxiliares -necesaria en el supuesto de administrador único no abogado-, cuya retribución, eso sí, correrá a cargo de la administración concursal y precisará de la autorización del juez del concurso (art. 32.2)³³.

La opción entre la delegación de esa función a un abogado externo o su asunción por el abogado miembro de la administración concursal no tendrá consecuencias para la masa activa del concurso, pero sí para los administradores concursales en

²⁹ De conformidad con lo dispuesto en su Disposición Final 3ª el Real Decreto entró en vigor al día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE núm. 78, de 31 de marzo de 2009).

³⁰ E. BELTRÁN SÁNCHEZ pone en entredicho alguno de los motivos invocados como justificación de la reforma, considerando que su finalidad esencial es favorecer los acuerdos de refinanciación, agilizar los trámites y reducir los costes del procedimiento, remitiéndose al Consejo de Ministros en que se presentó dicha reforma, que califica de "*parcial, apresurada y carente del necesario equilibrio*" (*La reforma -inarmónica- de la Ley Concursal*, artículo publicado en www.aranzadi.es, cuyas conclusiones han sido ratificadas por la mayoría de los ponentes del I Congreso Español de la Insolvencia organizado por la editorial Aranzadi y celebrado en Gijón los días 16, 17 y 18 de abril de 2009).

³¹ Disposición Transitoria 3ª.

³² Se suprime la expresión "*por regla general*" de la redacción original.

³³ Desde el momento en que se contempla como función propia del abogado administrador concursal la dirección técnica de todos los recursos e incidentes sin excepción, no parece discutible su posible delegación en letrados externos.

conjunto o para el abogado administrador individualmente. En el supuesto de delegación, los honorarios del abogado externo serán a cargo de la retribución de los administradores a prorrata de sus retribuciones. Si es el abogado miembro de la administración concursal quien asume personalmente la defensa de dicho órgano, no obtendrá ninguna compensación económica por esa actuación.

A partir de ahora, no será infrecuente que en el seno del órgano de administración surjan conflictos, y que los dos administradores no abogados decidan por mayoría y en defensa de su interés, que sea el miembro que reúne la condición de abogado quien dirija las actuaciones procesales personalmente o que los honorarios del abogado externo se descuenten directamente de su retribución. Es más, en el supuesto de administrador único abogado, éste podría optar en defensa de sus intereses y en contra de los del concurso, por asumir personalmente la dirección de todas las actuaciones procesales, incluso de aquellas relacionadas con ámbitos del derecho con los que no está familiarizado (piénsese, por ejemplo, en un abogado especializado en derecho mercantil en relación a incidentes en los que se planteen cuestiones de naturaleza laboral, fiscal o administrativa).

2º Se modifica el apartado 2 del art. 34, que establece la regla de la exclusividad, limitando las cantidades que pueden percibir los administradores concursales por su intervención en el concurso a las que resulten de la aplicación del arancel, garantizando además una retribución mínima en aquellos concursos en los que la masa sea insuficiente³⁴ a través de una cuenta que se dotará con aportaciones obligatorias de los administradores concursales, que se detraerán de las retribuciones que efectivamente perciban en los concursos en los que actúen en el porcentaje que se determine reglamentariamente.

3º Se incluye un apartado 3 en el art. 83, que establece que los honorarios de los expertos independientes serán a cargo de la retribución de los administradores.

4º Se modifica el art. 190 de la Ley, elevando de un millón de euros a diez millones de euros la cifra del pasivo, según la estimación inicial del deudor, para la aplicación no ya potestativa, sino necesaria, del procedimiento abreviado, manteniendo la exigencia de que el deudor esté autorizado a presentar balance abreviado y la redacción original del art. 191, cuyo apartado 2 contempla la

³⁴ Algunos Juzgados, con sentido eminentemente práctico, pero muy discutible, no han admitido a trámite las solicitudes de deudores con masa activa insuficiente para atender a los gastos del concurso (AAJM núm. 1 de Bilbao, de 4 de marzo de 2008 [EDJ 2008/ 24354] y JM núm. 2 de Barcelona, de 30 de enero de 2006 [EDJ EDJ 2006/2889]), criterio que ha sido rechazado en otras resoluciones en grado de apelación (AAP Barcelona [15ª], de 14 de junio de 2007 [EDJ 2007/146378], 22 de febrero de 2007 [EDJ 2007/106748], 3 de abril de 2008 [EDJ 2008/99086] y 10 de diciembre de 2008 [EDJ 2008/341846] y AP Cáceres [1ª], de 24 de noviembre de 2008 [EDJ 2008/315574]). En la doctrina se posicionan a favor de la no admisión D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*La retribución ...*, op. cit.), M.A. FERNÁNDEZ BALLESTEROS (*Algunas cuestiones sobre la petición del concurso necesario*, RDGP, 2004, pg. 89) y A. GONZÁLEZ GOZALO (*Comentarios de la Ley Concursal*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, op.cit.) y en contra J. PULGAR EZQUERRA (*Los concursos de acreedores sin masa activa ab initio: un problema a resolver*, Diario La Ley, núm. 6696, Sección Doctrina, 19 de abril de 2007, Año XXVIII, Ref. D-96, [La Ley 1562/2007]).

posibilidad de que el juez que conoce del concurso designe como excepción y por motivos especiales que lo justifiquen una administración trimembre.

En las conclusiones del I Congreso Español de la Insolvencia celebrado en Gijón los días 16, 17 y 18 de abril³⁵, se hace expresa mención a estas modificaciones en los siguientes términos: *“El Congreso Español de Derecho de la Insolvencia valora positivamente la nueva regulación de la publicidad del concurso, la ampliación del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado (aunque considera desproporcionada la nueva cifra de pasivo fijada) y algunas modificaciones concretas (destacadamente, la determinación del día a quo para el cómputo del plazo para la impugnación de la lista de acreedores), por lo que supone de reducción de costes –económicos y temporales- del concurso. Es de lamentar, sin embargo, que esa reducción de costes se haya hecho casi exclusivamente a costa de la administración concursal y, en especial, del miembro letrado ...”*.

IV. EL AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚM. 1 DE LA CORUÑA DE 31 DE MARZO DE 2009

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de La Coruña en un incidente tramitado como pieza separada en el concurso de MARTINSA-FADESA ha dictado un auto, de fecha 31 de marzo de 2009, es decir, el mismo día en que se publicó el Real Decreto Ley 3/2009 y un día antes de que entrase en vigor, en el que, revisando su criterio -expuesto en las sentencia, ya citada, de 16 de enero de 2005- aplica la nueva regulación, denegando la inclusión como créditos contra la masa de los honorarios devengados por la dirección letrada de los incidentes en los que sea parte la administración concursal.

Es sorprendente, al margen de la justicia del caso concreto, que el Juzgado no haya esperado un día a que la reforma entrase en vigor para aplicar la nueva regulación, y es muy significativo que la solicitud deducida por la administración del concurso el 16 de octubre de 2008 se resuelva el mismo día en que se publica una norma que regula expresamente la cuestión planteada en dicha solicitud, revisando del criterio mantenido por el propio Juzgado en una resolución anterior³⁶.

IV. CONCLUSIONES

³⁵ Publicadas el 20 de abril de 2009 en la página web de la editorial Aranzadi (www.aranzadi.es/congresodelainsolvencia/conclusiones).

³⁶ En opinión de E. BELTRÁN la reforma no atiende por igual todos los intereses en conflicto, *“sino que parece pensar en algunos acreedores prevalentes, y no siempre parece perseguir realmente el interés del concurso”* (La reforma -inarmónica- ... [op. cit.]).

Nadie discute la necesidad de la reforma, sugerida incluso antes de la promulgación de la Ley³⁷, lo que sí resulta discutible es que haya atendido principalmente a los intereses de determinados acreedores con capacidad de presión, como son las entidades financieras (protección de los acuerdos de refinanciación) y las administraciones públicas (protección de sus créditos), que establezca de forma indiscriminada soluciones pensadas para los macroconcurso, que no llegan al diez por ciento de los que se declaran en España³⁸, y que pretenda reducir los costes del procedimiento exigiendo un mayor sacrificio a los profesionales que desempeñen el cargo de administrador concursal³⁹, que han invertido tiempo y dinero en su preparación, multidisciplinar y altamente especializada, disminuyendo su retribución e incrementando notablemente sus funciones y responsabilidades⁴⁰.

En efecto, la modificación del sistema de retribución de la administración concursal supone gravarla con los honorarios de los expertos independientes - además de los de los auxiliares delegados- con los gastos suplidos⁴¹, con la dotación porcentual para la cuenta de retribución mínima de administradores concursales y con los honorarios de los abogados que dirijan técnicamente y por delegación los recursos e incidentes concursales en defensa de dicho órgano⁴², salvo que esa defensa la asuma el abogado miembro de la administración concursal sin compensación económica y en beneficio de la masa activa y de los acreedores, rompiéndose de esta forma el necesario equilibrio de las funciones de los miembros de dicho órgano, que justifica la regla de identidad de la norma arancelaria.

La consecuencia inmediata de la reforma, será, la disminución de la retribución de la administración concursal a pesar del incremento de sus funciones y

³⁷ A. ROJO ("La reforma del derecho concursal español", en ROJO (dir.), *La reforma de la legislación concursal*, Madrid [Marcial Pons / Registradores de España], 2003, pgs. 87 a 130) y E. BELTRÁN SÁNCHEZ (*El nuevo Derecho concursal español*, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 22 de mayo de 2003, en AAMN, XLIII, pgs. 465 a 490).

³⁸ Según la Estadística Concursal 2007 publicada por el Colegio de Registradores de la Propiedad de Bienes Muebles y Mercantiles de España las empresas con pasivos inferiores a 1 millón de euros representaron el 47,5%; entre 1 y 2,5 millones, el 68,7%; entre 2,5 y 10 millones, el 21% y con más de 10 millones el 10,3%.

³⁹ D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación del administrador ...*, op. cit.) se refiere a ese conflicto de intereses entre los administradores (economizar esfuerzos ante la falta de incentivos y responsabilidades que implica el ejercicio del cargo; y del deudor y acreedores, ampliar el ámbito de actuación de los administradores para reducir los gastos del concurso).

⁴⁰ Así lo destacó A.ROJO en el I Congreso Español del Derecho de la Insolvencia, celebrado en Gijón los días 16, 17 y 18 de abril de 2009.

⁴¹ Que sí contemplan – con toda lógica, para E. GALLEGUO SÁNCHEZ (*La intervención judicial en la suspensión de pagos* [Tirant Lo Blanch], Valencia, 1999, pg. 112)- el derecho italiano (art. 39.1 de la *Legge Fallimentare* y el art. 4.2. del Decreto 570, de 28 de julio de 1992), el derecho alemán (parágrafo 63 de la *Insolvenzordnung* de 5 de octubre de 1994) y el derecho portugués (art. 60.1 del Decreto-Ley 53/2004, de 18 de mayo de 2004, por el que se aprueba el Código de insolvencia y recuperación de empresas).

⁴² Desde el momento en que se trata de funciones legalmente atribuidas al administrador abogado sí es posible su delegación, posibilidad harto discutible antes de la entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2009, conforme sostienen M.ª I. HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación de los administradores ...* op. cit.) y J.ALONSO-CUEVILLAS SAYROL ("El incidente concursal", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 103, núm. 4, 2004, pgs. 1237 a 1268), y, discuten L.MUÑOZ (*El concurso abreviado*, ADC, núm. 9, 2006, pgs. 141 y 142) y J. LÓPEZ SÁNCHEZ (*Comentarios a la Ley Concursal ...*, BERCOVITZ, op. cit., pg. 1900).

responsabilidades en general -por la ampliación del umbral del procedimiento abreviado (concentración de todas las funciones en un solo administrador, como regla general, y reducción de los plazos de presentación del informe)⁴³, y, en particular, para el abogado miembro de dicho órgano, por la atribución específica de la dirección técnica de recursos e incidentes sin excepción.

Es más, la generalización del procedimiento abreviado como cauce de tramitación de los concursos afectará a la carga de trabajo de los juzgados, actualmente saturados y que se ven incapaces de cumplir con los plazos previstos en la Ley para el procedimiento ordinario⁴⁴.

La consecuencia mediata será la devaluación del cargo de administrador concursal⁴⁵, que perderá atractivo para los profesionales más cualificados⁴⁶ no sólo por la falta de incentivos económicos⁴⁷, sino también por la complejidad y responsabilidades inherentes al mismo, contraviniendo el postulado fundamental del arancel aprobado en virtud del Real Decreto 1860/2004, esto es, buscar el justo equilibrio entre los distintos intereses en conflicto y la proporción respecto a la dificultad de las tareas encomendadas y que profesionales de calidad tengan suficiente motivación para desempeñar el cargo de administradores concursales, y también el objetivo de la Ley Concursal al diseñar la composición subjetiva y cualificación del órgano de administración del concurso procurando que sus miembros realicen directamente y en la medida de lo posible el mayor número de funciones y actos para los que estén capacitados⁴⁸, pero no de forma gratuita y con quebranto patrimonial, porque no se debe de olvidar que la retribución de los administradores tiene una doble función: es la contraprestación por las

⁴³ En la Primera Mesa Redonda del II Congreso de Derecho Mercantil celebrado en Valencia, los días 1 y 2 de diciembre de 2005 (*Aspectos jurídicos de la formación de la lista de acreedores, IMPUGNACION DE CREDITOS*), se planteó la siguiente pregunta: “*Si la administración concursal en el procedimiento abreviado está constituida por un solo profesional del área económica, en caso de impugnación ¿es imprescindible la asistencia letrada -artículo 184-? ¿es posible otras fórmulas para evitar encarecer el proceso y que el administrador concursal puede defender su informe?*”. La conclusión de la ponencia fue que si el único administrador es del área económica no puede intervenir en los incidentes, salvo que contrate un abogado a cargo de la masa, que en bastantes ocasiones es imposible por falta de tesorería, e inclusive de activo.

⁴⁴ Así lo advirtió el titular del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, el lltmo. Sr. Don Alfonso Muñoz Paredes, en el I Congreso Español del Derecho de la Insolvencia, celebrado en Gijón los días 16, 17 y 18 de abril de 2009.

⁴⁵ Como señala I. TIRADO (*Los administradores concursales*, op. cit., pgs. 463 y 474) “*el diseño adecuado de la retribución de los administradores concursales es un requisito fundamental para el buen funcionamiento del órgano y, por ende, del procedimiendo. Un exceso en la retribución supondría un coste añadido para un patrimonio ya de por sí insuficiente. Unas cantidades insuficientes atraerían a personas con un nivel técnico inadecuado o, en el mejor de los casos, producirían apatía o despreocupación en el ejercicio del cargo*”.

⁴⁶ Debe de tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 29.2 de la Ley Concursal, el designado para el cargo de administrador que no comparezca y acepte el cargo sin justa causa no puede ser nombrado administrador en los procedimientos concursales que se sigan en el partido judicial durante un plazo de tres años.

⁴⁷ El diario Expansión, en su edición de 10 de abril de 2007, ya alertaba del riesgo de reducción del número de administradores concursales por la escasa rentabilidad de los concursos.

⁴⁸ I. TIRADO (en ROJO-BELTRÁN, *Comentario de la Ley Concursal ...*, Tomo I, op. cit., pg. 648).

obligaciones que se asumen al aceptar el cargo y es la garantía de que lo ejercen en condiciones de objetividad e imparcialidad⁴⁹.

Si tenemos en cuenta la cifra media del activo y pasivo de los concursos declarados en el año 2007⁵⁰, la retribución media de cada administrador concursal en la fase común vendría a ser de unos 35.000 euros⁵¹, cuya percepción íntegra no estaría además asegurada, pues la experiencia nos demuestra que la mayoría de los concursos acaban en liquidación y que la masa activa se agota por la falta de actividad de las empresas⁵², pudiendo darse el caso de que los administradores tengan que afrontar gastos por cuenta de la deudora en el ejercicio de sus funciones⁵³.

No se entiende, en otro orden de cosas, que no se haya previsto al menos la posibilidad de repercutir los honorarios de los incidentes y recursos en el caso de condena en costas de la parte contraria⁵⁴, tanto en el supuesto de delegación en un letrado externo -en que sí existe un crédito por honorarios a cargo de la administración concursal-, como en el de asunción personal por el abogado administrador de esa tarea, propiciando una indeseable litigiosidad en el seno del concurso -pues no es lo mismo litigar asumiendo una posible condena en costas, que hacerlo sin ese condicionante-, que pone en peligro la consecución de uno de los principales objetivos de la reforma: la reducción de la duración del procedimiento.

La circunstancia de que los honorarios de expertos independientes y auxiliares delegados sean a cargo de la administración concursal condicionará, qué duda cabe, las decisiones de dicho órgano a la hora de recabar informes para la valoración de los activos del deudor o a la hora de adoptar acuerdos respecto al ejercicio de acciones o su defensa frente a las mismas.

En lo que hace referencia a la cuenta de garantía de las retribuciones mínimas de la administración concursal en concursos con masa activa insuficiente entendemos que debería de ser el Estado el que asumiera su dotación, solución que se contempla en el Derecho comparado⁵⁵, que fue defendida por la doctrina

⁴⁹ El Estatuto General de la Abogacía (art. 44) y el Código Deontológico de la Abogacía Española (art. 15) establecen el derecho de los abogados a una compensación económica adecuada por los servicios profesionales que prestan.

⁵⁰ De acuerdo con los datos de la Estadística Concursal 2007, citada en la nota 36: 6.237.236 euros y 5.259.938 euros, respectivamente.

⁵¹ Muy alejada de los 4 millones de euros, a que asciende -según la prensa- la retribución de cada uno de los administradores de MARTINSA-FADESA en la fase común.

⁵² De acuerdo con la Estadística Concursal 2007, citada en la nota 36, el 92,2% de los concursos declarados en España el año 2007 terminaron en liquidación.

⁵³ M. I.ª HUERTA VIESCA y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación del administrador concursal ...*, op.cit.) y D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*La retribución de los administradores concursales ...*, op. cit.).

⁵⁴ Solución propuesta por L. SHAW MORCILLO ("La administración concursal" en SANJUÁN y MUÑOZ [dir.], *Competencias del Juzgado de lo Mercantil* [Tirant Lo Blanch], Valencia, 2008, pgs. 1044 y siguientes).

⁵⁵ El art. 146 del Decreto 115, de 30 de mayo de 2002, que contiene el Texto único de las disposiciones legislativas y reglamentarias en materia de gastos de justicia en Italia, contempla entre los gastos que deben de ser anticipados por el erario público cuando no haya dinero entre los bienes comprendidos en la quiebra, los gastos y honorarios de los auxiliares del Magistrado, concepto en el que incluye al *curatore*.

durante los trabajos pre-legislativos que condujeron a la Ley Concursal⁵⁶, y que estaría plenamente justificada, porque estamos hablando de la retribución de un órgano del concurso, que actúa como auxiliar del juez, en un procedimiento, el concursal, cuya tramitación presenta en la mayoría de las ocasiones un interés social, un interés público que trasciende al de los directamente implicados en el mismo y que hace indeseable el que un profesional que desarrolla una actividad onerosa pueda quedar sin percibir retribución alguna⁵⁷.

Suponiendo la convalidación del Real Decreto Ley 3/2009 por el Congreso de los Diputados⁵⁸, creemos que el que reglamento que reforme el arancel de la retribución de los administradores concursales (art. 34.2) debería de incluir una previsión análoga a la del actual art. 11, es decir, establecer cantidades complementarias porcentuales que incentiven el éxito de las acciones ejercitadas por la administración concursal que supongan el incremento de la masa activa o la reducción de la masa pasiva, y que debería de revisar los principales criterios de cálculo de la retribución (activo y pasivo del deudor) y, sobre todo, la prevalencia de esas magnitudes entre sí⁵⁹, intentando establecer criterios definidos, que, reduciendo las facultades discrecionales de los jueces, tengan en cuenta la complejidad del concurso y de las funciones encomendadas a la administración concursal⁶⁰.

Finalmente, sería deseable, lo que exigiría la reforma de la Ley, que se estableciera la preferencia de la retribución mínima que reglamentariamente se establezca sobre los restantes créditos contra la masa al margen de la fecha de su vencimiento o, que se haga coincidir éste con la fecha de declaración del concurso, que se revisase a la baja la cifra de pasivo delimitadora del ámbito de aplicación del procedimiento abreviado y que se concedieran facultades discrecionales a los jueces para aplicar el procedimiento ordinario con

⁵⁶ B.M.^a PINAZO OSUNA (*Sobre las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores judiciales y su retribución en el Anteproyecto de la Ley Concursal*, RT, 3.^a época, núm. 20, 2002, pg. 30).

⁵⁷ D. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA (*Actuación del administrador ...*, op. cit.) y J. PULGAR EZQUERRA (*Los concursos de acreedores sin masa ...*, op.cit.).

⁵⁸ Lo deseable es que en el plazo legalmente establecido para su convalidación en el Congreso, se acuerde su tramitación como proyecto de ley, lo que posibilitaría la participación de la Comisión General de Codificación, de las Corporaciones profesionales afectadas y del Consejo General del Poder Judicial.

⁵⁹ Discrepando con I. TIRADO, que entiende que "*las dimensiones del patrimonio dificultan en mayor medida las funciones del órgano que el número o la cuantía de los créditos*" (*Los administradores concursales*, op. cit., pg. 491), un concurso con más activo que pasivo no implica necesariamente una mayor complejidad para el ejercicio del cargo de administrador. Es significativo y contradictorio que para establecer el cauce procesal de tramitación si se haya tenido en cuenta la cifra de pasivo y no de la activo (art. 190 de la Ley). En la práctica, suele suceder que la valoración del inventario de activos acompañada por el deudor a su solicitud -o, a requerimiento judicial, en el supuesto de concurso necesario- están "inflados" por los administradores para simular un equilibrio patrimonial y eludir posibles responsabilidades personales.

⁶⁰ En un interesante artículo F.J. ESCOBOSA SAN MIGUEL ("*Coste beneficio de la retribución de los administradores concursales en relación con las funciones que deben de desempeñar*", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 2/2005, Sección Varía, Primer semestre de 2005, pg.207) analiza el beneficio que supone para el deudor la actuación de la administración concursal y el coste que supone para los acreedores, siendo éste proporcional a la viabilidad de la empresa y remisión o aplazamiento derivados de un convenio o de la liquidación.

independencia de la cifra de pasivo cuando, según su criterio, así lo demandase el interés el concurso, su complejidad o sus particularidades.