

Actualidad Profesional

Por Pilar López Barrau, abogada experta en Derecho procesal y especializada en Derecho concursal.

Créditos contra la masa prededucibles del artículo 176.bis de la Ley Concursal y su eventual aplicación a los generados en fase común

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2009, de 3 de julio, Concursal, se sitúa en el marco de esa aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español, de reformar la legislación concursal. Su artículo único supuso una irrupción en un número nada desdeñable de títulos y capítulos de la Ley Concursal, lo que nos llevó a ser testigos de una prolifera jurisprudencia emanada de nuestro más alto Tribunal para terminar de aclarar la interpretación y aplicación de tan relevante reforma.

Hoy llama nuestra atención la introducción del **artículo 176 bis**, en el **Título VII, Capítulo único** de la Ley Concursal, cuya nomenclatura reza: "**De la conclusión del concurso y de la reapertura del concurso. Causas de conclusión**". Este precepto, que nace para concretar las especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa, revoluciona los principios hasta entonces aplicados a los supuestos de insuficiencia de masa activa para la satisfacción, si quiera parcial, de los créditos contra la masa. Por primera vez, se rompe con la tradicional regla del pago a su vencimiento prevista en los artículos 84.3 y 154 de la Ley Concursal.

El artículo 176 bis de la Ley Concursal dispone que, cuando nos encontremos en un escenario de imposibilidad de pago de los créditos contra la masa por insuficiencia de masa activa, comunicada que sea

tal circunstancia por la administración concursal al juez del concurso, se paguen los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y en su caso, a prorrata dentro de cada número:

Créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.

Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.

Los demás créditos contra la masa.

Todo ello, con la **salvedad hecha** de los llamados créditos contra la masa "**imprescindibles para concluir la liquidación**", los cuales serían siempre **prededucibles**.

La praxis de este artículo, trajo pronto dudas en su interpretación y aplicación. Se cuestionaba, si la prelación de pago prevista en dicha norma debía ser aplicada a todos los concursos que estuvieran en tramitación a la entrada en vigor de la Ley 38/2011, o

solo a los concursos iniciados tras la entrada en vigor de la citada Ley, en los que se advirtiera esa circunstancia excepcional de insuficiencia de masa activa. De otro lado, se cuestionaba si debía aplicarse la nueva prelación de pagos -prevista en el apartado segundo del precepto- tan pronto se advirtiera la insuficiencia de masa activa, o a partir de la comunicación al Juzgado de tal circunstancia. Esto es, si tenía carácter "constitutivo" la comunicación de esta circunstancia al Juez del concurso o no. Además, surgían dudas sobre su alcance respecto a los créditos contra la masa a los que debía aplicarse la prelación de pagos; si se aplicaba a todos los créditos contra la masa existentes, sólo a los anteriores a la comunicación, o sencillamente a los que nacieran tras la comunicación al Juzgado.

Como ya anticipábamos, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha ido despejando cada una de estas dudas interpretativas. Así, las **Sentencias 306/2015, de 9 de junio; 310/2015, de 11 de junio; 311/2015, de 11 de junio; 152/2016, de 11 de marzo; 187/2016, de 18 de marzo; 390/2016, de 8 de junio y 225/2017, de 6 de abril** han aclarado que, en el supuesto de insuficiencia de masa activa que impida pagar la totalidad de los créditos contra la masa, se aplicará el orden de prelación de pagos contemplado en el apartado segundo del artículo 176 bis de la Ley Concursal; **y ello, desde la comunicación al Juzgado de la insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, afectando en principio ello, a todos los créditos contra la masa pendientes de abono.** Decimos en principio, pues la propia norma establece una **salvedad**, respecto de los **créditos contra la masa imprescindibles para concluir la liquidación**, los cuales serán siempre **pre-deducibles**. Asimismo, aclara el alto Tribunal que el artículo 176 bis de la Ley Concursal, **debe aplicarse a todos los concursos que, estando en tramitación a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 38/2011 (1 de enero de 2012), advirtieran esta circunstancia excepcional de insuficiencia de masa activa.**

Despejadas las primeras dudas, continuamos profundizando en la aplicación del artículo 176 bis, en concreto, respecto de la **salvedad** que el propio precepto contempla para la aplicación de la prelación

de pagos. **¿Qué se entiende por créditos contra la masa imprescindibles para concluir la liquidación?**

El **Tribunal Supremo declara en el fundamento de derecho tercero de la Sentencia 225/2017 de 6 de abril** que: "[e]l artículo 176 bis 2 LC, establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, **resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago**, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (artículo 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago pre-deducible"

Sin duda, es el interés superior del concurso el que aconseja pre-deducir aquellos créditos imprescindibles para la conclusión de la liquidación. Es lógico, que ante la circunstancia excepcional de un concurso con insuficiencia de masa activa que no cubrirá si quiera la totalidad de los créditos contra la masa, se intente poner fin a la liquidación a la mayor brevedad; y ello, a los efectos de no generar más créditos de esta naturaleza (pues el concurso va destinado a la máxima satisfacción de los acreedores concursales). De esta manera, en la práctica, la Administración Concursal deberá detallar en los supuestos de insuficiencia de masa activa qué actos concretos ejecutados o a ejecutar en la liquidación fueron o serán indispensables para la obtención de numerario o liquidación del activo, siendo luego el juez del concurso, quien tras el previo traslado a las partes, determine su pre-deducibilidad.

En esta misma línea podría extrapolarse esta doctrina a la fase común. Sin duda, es el interés superior del concurso el que lleva a la Administración Concursal a intervenir o realizar (con o sin autorización judicial, según los casos, ex artículo 43 LC) todos aquellos actos que sean imprescindibles para la conservación del activo o realización del activo en beneficio del concurso. **¿Por qué no pre-deducir (o reservar)**

entonces liquidez suficiente para atender los gastos concretos de la masa en el caso de que se prevea que la solución convenida no será viable, así como una eventual insuficiencia de masa activa durante la previsible liquidación? Como toda salvedad, su interpretación debe ser restrictiva. No mantenemos pues que la Administración Concursal pueda pre-deducir su arancel no abonado de la fase común, sino sólo y exclusivamente aquel relativo a los actos concretos que permitieron conservar el activo y que resultaron, por tanto, imprescindibles para la futura liquidación o que permitieron realizar numerario en beneficio del concurso.

El propio **Tribunal Supremo** y en relación a la fase de liquidación, en la antes referida **Sentencia número 225/2017, de 6 de abril de 2017, ex fundamento tercero**, indó que: "**Con carácter general, debemos rechazar que todos los honorarios de la administración concursal tengan esta consideración de gastos pre-deducibles. Y no podemos negar que la administración concursal haya podido realizar actuaciones** <<estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago>>, que merezcan la condición de gastos pre-deducibles. **En última instancia no tiene sentido que la administración concursal deba correr con los costes de la actuaciones imprescindibles para que otros puedan cobrar.** Pero como afirmamos en la sentencia 390/2016, de 8 de junio, le corresponde a la administración concursal indicar cuáles fueron esas actuaciones y su cuantificación, para que pueda ser valorado por el juez la atribución de esta condición de gastos pre-deducibles".

En esta disyuntiva consideramos defendible que aquellos créditos contra la masa generados en fase común, que resulten imprescindibles e ineludibles para preservar la masa que luego será objeto de liquidación, y aquellos otros realizados por los que se obtuvo numerario, deberían gozar de ese carácter pre-deducible en un escenario posteriormente constatado de insuficiencia de masa activa. Nuevamente sería la Administración Concursal, al igual que en la fase de liquidación, la que tendría la obligación de concretar cuáles fueron esas actuaciones y en cuánto se han de cuantificar, con el fin de que puedan ser valoradas por el juez del concurso previo traslado a las partes

personadas. De lo contrario, se estaría permitiendo que otros acreedores contra la masa se beneficiasen a costa de quien realmente realizó las tareas necesarias para conservar la masa que luego habrá de liquidarse.

No obstante y en todo caso, la aplicación de la pre-deducibilidad de los créditos contra la masa en un escenario de insuficiencia de masa activa, extrapolado a los "actos imprescindibles" para la conservación del activo y obtención de numerario realizados en la fase común, dependerá de cada supuesto en concreto y, fundamentalmente de la justificación y cuantificación de los créditos contra la masa devengados en fase común que la Administración Concursal acredite que resultaron imprescindibles en el escenario de la posterior liquidación ante el juez del concurso.