

Doctrina

Por Ana Belén Campuzano, catedrática de Derecho mercantil de la Universidad CEU San Pablo y directora académica de Dictum Abogados.

La comunicación de la insuficiencia de la masa activa: el orden legal de prelación de créditos

Una de las circunstancias que ha de concurrir en el proceso concursal, aunque conforme a la literalidad legal no conforma un presupuesto para su declaración, es la existencia de masa activa suficiente para la satisfacción de los costes del propio concurso. La existencia de masa activa suficiente, al menos, para la satisfacción de los gastos del propio concurso de acreedores, es una exigencia derivada de la finalidad principal del proceso concursal, que no es otra que el pago de los acreedores. Ahora bien, la existencia de masa activa suficiente, al menos, para la satisfacción de los gastos del propio concurso de acreedores no constituye presupuesto de la declaración de concurso, sino que la insuficiencia de masa activa conforma una causa de conclusión del concurso. La conclusión del concurso con el archivo de las actuaciones procederá en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos contra la masa (art. 465-5º TRLC). En efecto, la legislación concursal no considera la suficiencia de la masa como un presupuesto de admisibilidad de la declaración, pero la insuficiencia de masa si se tiene en cuenta en sede de conclusión del concurso, diferenciando entre la conclusión por insuficiencia de la masa activa simultánea a la declaración del concurso (el llamado concurso exprés) y la conclusión por insuficiencia de la masa

activa posterior al auto de declaración del concurso

La conclusión por insuficiencia de masa permite también solicitar al deudor el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (entre otras, SSTs, sala civil, de 2 de julio y de 13 de marzo de 2019).

Así, se contemplan supuestos distintos de “concurso” del concurso en donde la masa activa no es suficiente para atender los créditos contra la masa y, por tanto, se produce una suerte de transformación de la prelación y preferencia de créditos, ya que en caso de insuficiencia de la masa activa se seguirá el orden de prelación previsto específicamente para este supuesto.

En este sentido, la suficiencia o insuficiencia de la masa activa genera determinadas consecuencias que inciden en el curso del proceso concursal. En particular, la insuficiencia de la masa activa puede generar el archivo del procedimiento concursal cuando la misma lo sea en comparación a los créditos contra la masa y se reúnan las condiciones que permiten su conclusión (sin perjuicio de que cuando el concurso de acreedores concluya por insuficiencia de masa será posible su reapertura, arts. 503 a 507 TRLC). De manera que, si concurren los requisitos para que pueda producirse la conclusión del concurso

por insuficiencia de la masa activa, la administración concursal ha de comunicar esta circunstancia al juez del concurso y, desde que se produzca esa comunicación, el pago de los créditos vencidos o que venzan después de la comunicación se realizará conforme al orden establecido legalmente para este supuesto y, en su caso, a prorrata dentro de cada número. Estamos, por tanto, ante una solución liquidatoria, pero, sin plan de liquidación, que parte de la insuficiencia de masa activa para atender los créditos contra la masa en el concurso. Esta liquidación derivada de la insuficiencia de bienes y derechos para atender el pago de los créditos contra la masa no resulta voluntaria, sino que genera una obligación -un deber- para el administrador concursal (art. 249 TRLC), con la consiguiente posibilidad, en su defecto, de incurrir en responsabilidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, sala civil, de 11 de junio de 2015 señala que una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación establecido en la Ley Concursal, al margen de cuál sea su vencimiento. Indica, al respecto, que las reglas de pago contenidas para el supuesto de insuficiencia de la masa activa, en concreto el orden de prelación, se aplica necesariamente desde la reseñada comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos los créditos contra la masa pendientes de pago. Con ello rechaza la interpretación de que sólo se aplican a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación. Se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad; el crédito vencido con anterioridad no tiene derecho a ser pagado al margen de dicho orden de prelación, sino que se ve igualmente afectado por este orden, con independencia de que el administrador concursal haya podido

incurrir en responsabilidad por no haber cumplido o respetado, antes de la comunicación, el orden de los vencimientos en la satisfacción de los créditos contra la masa. Esta regla de prelación de créditos considera el Tribunal Supremo que no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de la masa activa y da lugar a un “concurso de acreedores de créditos contra la masa” dentro del propio concurso. Este “concurso del concurso” provoca la necesidad de concluir cuanto antes para no generar más créditos contra la masa y ordenar el cobro de los ya vencidos. Por eso se aplica a todos los pendientes de pago.

Sentencia del Tribunal Supremo, sala civil, de 11 de marzo de 2016, que reitera la jurisprudencia contenida en las sentencias 306/2015, de 9 de junio, 310/2015, de 11 de junio, y 311/2015, de 11 de junio, respecto de cómo deben interpretarse las reglas de pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa que, en síntesis, supone que se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa y afectan, en principio, a todos los créditos contra la masa pendientes de pago.

A sensu contrario, mientras no se haya hecho la comunicación por la administración concursal, no puede pretenderse la aplicación del orden de prelación establecido para el pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa (entre otras, STS, sala civil, de 13 de septiembre de 2017).

En efecto, la regla general de pago de créditos contra la masa se modifica cuando la masa activa del concurso no sea suficiente para atender de forma ordinaria los créditos contra la masa, es decir, el coste del propio concurso, precisándose la necesidad de que la administración concursal comunique esta insuficiencia de masa activa. En tal caso, el concurso de acreedores habrá de

concluir (art. 465-5º TRLC), ya que se revela la imposibilidad de que el concurso cumpla su propia función de pago a los acreedores concursales en la mayor medida posible, si bien se exige, además, como es lógico, que no sea previsible la obtención de fondos para la masa activa mediante el ejercicio de acciones rescisorias o la calificación culpable del concurso. Pues bien, cuando la administración concursal considere que la masa activa del concurso será insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la regla de satisfacción de los créditos contra la masa a sus respectivos vencimientos (art. 245 TRLC) se modifica por la que establece un orden de pago de los que se encontraran pendientes de satisfacción. Al regular el pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa (art. 250 TRLC) se establece que desde que la administración concursal comunique al juez del concurso que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, el pago de esos créditos vencidos o que venzan después de la comunicación se realizará conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número:

1º. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.

2º. 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.

La interpretación que ha de darse a este ordinal se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo, sala civil, de 9 de abril de 2019. Señala el Tribunal Supremo que en una sentencia anterior (STS de 2 de julio de 2014), se hace una primera interpretación del precepto en el siguiente sentido: *literalmente, podría parecer que el límite máximo previsto (...) es común para los créditos por salarios e indemnizaciones, pero no es así. El origen y la*

finalidad de ambos créditos laborales son distintos. El primero supone percibir la retribución acreditada de unos servicios prestados en el periodo en que dejaron de abonarse los salarios; el segundo, las indemnizaciones, suponen la compensación económica por la pérdida del puesto de trabajo (...). De tal forma que en aquella ocasión concluye el Tribunal Supremo que no cabía aplicar el límite legal como si fuera un solo crédito, sino que a cada crédito había que aplicar el límite correspondiente: los créditos por salarios e indemnizaciones referidos deben integrarse como dos categorías autónomas e independientes, sin que proceda aplicar el límite cuantitativo para su pago como si fuera un solo crédito, y, consecuentemente, el límite ha de aplicarse a cada categoría por separado. A partir de ahí, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2019 destaca que en el caso del crédito por salarios no existe problema de interpretación, pues el límite previsto ("el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago") se acomoda muy bien a la naturaleza del crédito (por salarios) y, de hecho, es el empleado por el legislador respecto de los créditos concursales con privilegio general. Por el contrario, el problema sí que existe cuando se trata de indemnizaciones, porque el mencionado límite ("el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago") no se corresponde con el crédito por indemnizaciones, al que la Ley Concursal, en relación a la limitación del crédito laboral que merece el privilegio general, le aplica como límite "la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional". De tal forma que el Tribunal Supremo da un paso más en la interpretación del precepto y confirma que respecto de los créditos por salarios el límite será "el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago", mientras que respecto de los créditos por indemnizaciones

el límite será "la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional".

3º. Los créditos por alimentos devengados tras la apertura de la fase de liquidación en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

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

5º. Los demás créditos contra la masa.

Al referido listado se añade, en el apartado segundo del artículo 250 del texto refundido de la Ley Concursal, una excepción respecto de los créditos contra la masa que sean imprescindibles para la liquidación. En este marco, invocando la necesidad de evitar la arbitrariedad de la administración concursal a la hora de atribuir la consideración de "créditos imprescindibles para concluir la liquidación", a los efectos de ser satisfechos de forma prededucible y, por ello, con anterioridad al resto de los créditos, el Tribunal Supremo ha destacado la necesidad de autorización judicial, con audiencia de los interesados. En esa medida, señala el Tribunal Supremo que el hecho de que corresponda a la administración concursal la iniciativa de solicitar autorización judicial para pagar un gasto posterior a la comunicación de insuficiencia de masa activa, como prededucible, no impide que en el trámite de audiencia cualquiera de los interesados pueda manifestar lo que estime oportuno respecto de la inclusión o exclusión de gastos prededucibles. Es necesaria, por tanto, la comunicación de la insuficiencia de masa al juez del concurso y la autorización judicial -en los términos indicados- para el pago de los que se consideren créditos contra la masa imprescindibles para la liquidación (SSTS, sala civil, de 4 de febrero y de 6 de marzo de 2020).

Ahora bien, el carácter imprescindible o no de determinados créditos contra la masa -en particular, los relacionados con los honorarios de la administración concursal- ha sido objeto de numerosas y dispares resoluciones judiciales, controversia que el texto refundido de la Ley Concursal difícilmente podía regularizar, aclarar o armonizar sin incurrir en exceso legislativo. En el debate presenta especial relevancia la sentencia del Tribunal Supremo, sala civil, de 8 de junio de 2016. La resolución señala que *para resolver sobre la ubicación del crédito por honorarios de la administración concursal dentro del orden previsto en las especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa, debe atenderse a la caracterización y finalidad de los créditos contra la masa, a la que ya se ha hecho referencia en algunas sentencias precedentes, por ejemplo, sentencias núm. 629/2015 y 630/2015, ambas de 17 de noviembre, en las que se dijo: "...la caracterización de un crédito como contra la masa tiene fundamento en su utilidad para la tramitación del propio procedimiento de concurso o en su contribución a la continuación de la actividad del deudor"*. Añade la sentencia que *la administración concursal está conceptuada, junto con el juez, como uno de los órganos imprescindibles del concurso, a diferencia de otros, como la junta de acreedores o el Ministerio Fiscal, que tienen carácter contingente, en función del desarrollo procesal del propio concurso. Así se desprende inequívocamente, con carácter general, de (...) la Ley Concursal. Conforme a tales preceptos, la administración concursal es el órgano especialmente llamado a realizar las tareas de liquidación del concurso, hasta su finalización, sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución*. Ahora bien, en sede de pago de créditos contra la masa en caso de insuficiencia de la masa activa (,,) *se 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 (...), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible. A partir de aquí, señala el Tribunal Supremo que ... aunque (...) la Ley Concursal hace un tratamiento diferenciado de las costas y gastos judiciales, por un lado, y de los honorarios de la administración concursal, por otro, el artículo 176 bis 2 (actualmente art. 250 TRLC) no hace una mención expresa a estos últimos, lo que genera la duda de si deben incluirse en el apartado residual del número 5 («los demás créditos contra la masa») o pueden asimilarse a las costas y gastos judiciales (apartado 4.º). Como se ha dicho, desde una perspectiva teleológica, los créditos contra la masa se caracterizan por hacer posible el propio procedimiento de concurso, es decir, son créditos para llevarlo a buen fin, dentro de las posibilidades patrimoniales del deudor. La delimitación legal de estos créditos contenida en (...) la Ley Concursal parte de la tradicional distinción entre gastos de la masa y obligaciones de la masa. Y dentro de los primeros, se incluyen en apartados diferentes, los gastos de justicia y los gastos de administración. Los gastos de justicia son tanto los indispensables para el desarrollo del procedimiento (gastos de la solicitud, de la declaración, de la publicidad, de celebración de la junta de acreedores, etc.), como los derivados de incidentes concursales, e incluso de costas y gastos ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores en los juicios que, en interés de la masa, inicien o continúen de acuerdo con la propia Ley. Mientras que los gastos de

administración son básicamente las retribuciones de la administración concursal (...) y, en su caso, de sus auxiliares. Es decir, habrá actuaciones de la administración concursal que puedan ser consideradas costas y gastos de justicia, en los términos expuestos, pero los honorarios corresponden a otro concepto, que es el de gastos de administración. Por tanto, puesto que el legislador, al enumerar los créditos contra la masa, distingue entre costas y gastos judiciales, por un lado, y retribución de la administración concursal, por otro, no cabe asimilarlos en aplicación del artículo 176 bis 2 (actualmente art. 250 TRLC), cuando en el número 4º únicamente hace mención a los primeros. Por lo que habrá que entender que tales retribuciones quedan encuadradas en el grupo residual del apartado 5º del artículo 176 bis 2 de la Ley Concursal (actualmente art. 250 TRLC). El criterio reseñado de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 -que ha recibido numerosas críticas- ha propiciado diversidad de criterios en las resoluciones de los juzgados de lo mercantil en cuanto a la determinación de que parte o partes de la retribución de la administración concursal han de considerarse imprescindibles. En efecto, es evidente la complejidad de precisar los créditos imprescindibles para la liquidación y, en particular, la concreción de la cantidad en supuestos como el de la retribución de la administración concursal.

El estado de la cuestión se refiere en el auto del Juzgado de lo mercantil número 1 de A Coruña de 22 de julio de 2020. Al abordar la concreción de la fracción de la retribución de la administración concursal como crédito prededucible, indica dicho auto que en el escenario apuntado -insuficiencia de masa activa para atender el pago de los créditos contra la masa-, la cuestión que mayor polémica entraña es la referida a la determinación de la parte de los honorarios de la administración concursal que podrá satisfacerse como pago prededucible, con

preferencia absoluta a los créditos enumerados (...); precisamente ha sido la compleja conceptualización general de los "créditos imprescindibles para concluir la liquidación" la que ha conducido al Alto Tribunal a exigir en su sentencia de 8 de junio de 2016 una previa justificación del carácter imprescindible de las gestiones acometidas por el administrador concursal para que -previa audiencia de las partes- pueda el juez del concurso resolver (,,,) qué parte de los derechos arancelarios de la administración concursal posteriores a la comunicación (de insuficiencia de la masa activa) obedece a actuaciones "estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago". En este contexto, resalta la resolución judicial que los Juzgados de lo Mercantil han resuelto de forma muy diversa -tras el dictado de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016- la fijación de la parte de la retribución de la administración concursal que pueden ser reconducida a la categoría de "créditos indispensables para concluir la liquidación": en esta resolución la Sala se refiere únicamente a los que "son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago", por lo que se exige un juicio de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, tanto de las actuaciones realizadas como de los importes, a fin de que el juez del concurso pueda resolver con mayor criterio qué honorarios podrán ser satisfechos como pago prededucible. Previamente al dictado de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 un sector doctrinal autorizado proponía que se incluyesen dentro de la categoría de "créditos indispensables para concluir la liquidación" los honorarios de la administración concursal que se imputen a las operaciones de liquidación. Ya con anterioridad al pronunciamiento de la Sala Primera, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 26 de febrero de 2016 atendió a un criterio lógico y finalista de interpretación a fin de resolver qué

actuaciones del administrador concursal podrían ser consideradas imprescindibles para proceder al pago de los créditos contra la masa por el orden legal: "Por ello entendíamos que resultaba exigible al administrador concursal identificar con precisión qué actuaciones son imprescindibles para obtener numerario y gestionar el pago y cuál es su importe, para que el juez del concurso valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prioritario previo al del resto de créditos de la masa por el orden legal". En opinión del Tribunal, los honorarios devengados desde la comunicación de posible insuficiencia de masa hasta el informe final se incluirían en el concepto de créditos necesarios para concluir la liquidación. Cabe reseñar que la insuficiencia de la masa para cubrir los gastos del concurso constituye "un mal casi endémico" de los procedimientos concursales en nuestro país (MUÑOZ PAREDES, A., Protocolo Concursal, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª edición, 2017, pág. 684), por lo que las expectativas de cobro de la administración concursal dependerán en buena medida de su diligencia en la constatación de la situación de la masa activa, en un necesario juicio de correlación con los créditos contra la masa ya generados y, sobre todo, de previsible generación. Por ello, estas circunstancias -fecha y estado del concurso en el momento de constatación y comunicación por el administrador concursal de la insuficiencia de masa activa- tendrá indudable trascendencia en la porción de honorarios de la administración concursal que podrá conceptuarse como "crédito imprescindible para concluir la liquidación". A este respecto, la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Oviedo de 11 de abril de 2016 considera que la alteración del orden de pagos de los créditos contra la masa tanto puede jugar en un escenario de propia liquidación como de fase común o, incluso, de convenio, por lo que procede subsumir dentro de los créditos imprescindibles para concluir la liquidación "los devengados por honorarios de la administración concursal (por cualquier

concepto, no sólo los propiamente liquidatorios) entre la comunicación (...) y la presentación del informe de conclusión (...), pues resulta evidente que sin el trabajo -remunerado- de la administración concursal en la decantación de la masa activa, en el reconocimiento de créditos contra la masa y en la conservación y venta de los activos tras la redacción de un plan de liquidación, etc., resultaría imposible llevar a término el concurso". Compartimos el parecer de MUÑOZ PAREDES, quien matiza que el criterio plasmado en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 no significa que sólo se retribuyan los honorarios de la liquidación, "pues la reducción a metálico de los bienes y derechos de la concursada puede producirse en fase común y las operaciones de pago no son exclusivas de la fase de liquidación" (MUÑOZ PAREDES, A., Protocolo Concursal, ob. cit., 2ª edición, pág. 695).

Pues bien, enfatiza el auto del Juzgado de lo mercantil número 1 de A Coruña de 22 de julio de 2020 que *no existe un criterio unívoco que permita concretar la categoría de "gastos imprescindibles para concluir la liquidación" ni, por ende, existe una base objetiva sobre la que sea posible predeterminar el cálculo de la porción de honorarios de la administración concursal que podrá satisfacerse con tal carácter. De este modo, pueden barajarse diversos criterios para su concreción, si bien debe advertirse el riesgo que entraña la fijación de una suma que concreta el juez del concurso de forma discrecional: esta opción podría buscar apoyo en un criterio de prudencia, pero genera un evidente riesgo de inseguridad jurídica, al tiempo que engendra un peligro cierto de tratamiento desigual para supuestos equivalentes. Además, el tratamiento radicalmente diverso que ha recibido la retribución de la administración concursal por parte de los Juzgados de lo Mercantil ante la solicitud de fijación de gastos imprescindibles para concluir la liquidación pone de manifiesto la imperiosa necesidad de*

acudir a bases objetivas de cálculo, puesto que ante solicitudes de contenidos prácticamente coincidentes pueden recibirse respuestas judiciales antagónicas. Así, puede ocurrir que ante la solicitud de fijación de los honorarios que podrán ser satisfechos como imprescindibles, el juez del concurso opte por establecer una cifra cuantificada de manera discrecional por la realización de actuaciones liquidatorias concretas, que puede oscilar entre la cantidad de 50 y 300 euros (AAJM nº 1 de A Coruña de 3 de enero de 2017 y 17 de enero de 2017), por la exigencia de una justificación individualizada y cumplida para cada actuación que se reputa imprescindible (SAP de Salamanca nº 458/2017, de 17 de octubre), por la atribución del carácter de imprescindible a todos los honorarios que corresponda percibir a la administración concursal según el Real Decreto 1860/2004 a causa de su intervención en la fase de liquidación y desde que se efectuó la comunicación de insuficiencia de masa activa (AJM nº 2 de Pontevedra de 27 de junio de 2017 y AJM nº 2 de Pontevedra, de fecha 16 de noviembre de 2017), o por reconocer tal carácter a todos los honorarios correspondientes a la fase de liquidación (AJM nº 1 de Córdoba de 16 de marzo de 2017 y AJM nº 2 de A Coruña -refuerzo- de 14 de marzo de 2017); todo ello sin olvidar la existencia de posturas intermedias, que se decantan por relacionar el importe de los honorarios que podrán ser abonados como prededucibles con su cálculo en función de un determinado número de mensualidades y de la cantidad que habría de percibir el administrador concursal para cada una de ellas según el Real Decreto 1860/2004 (AAJM nº 2 de Valencia de 25 y 27 de abril de 2017, AJM nº 2 de Málaga de 20 de enero de 2017 y AJM nº 2 de A Coruña de 24 de noviembre de 2017).

Y, se añade, que tampoco deben olvidarse dos cuestiones que parecen esenciales a fin de resolver la cuestión analizada. La primera de ellas, el debate terminológico suscitado entre

lo que es "necesario" e "imprescindible" para así incardinar una parte de la retribución de la administración concursal en la categoría de prededucible; en segundo lugar, la catalogación de la administración concursal como "órgano especialmente llamado a realizar las tareas de liquidación del concurso, hasta su finalización, sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución", según la propia sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016. La Sala Primera, en las resoluciones ut supra comentadas, ha reconocido la posibilidad de que los honorarios de la administración concursal puedan incardinarse en la categoría de gastos imprescindibles, por lo que habrán de abonarse como prededucibles -incluso en un escenario en el que no exista insuficiencia de masa activa-. No debe perderse de vista que los créditos por honorarios de la administración concursal retribuyen el desempeño de una función profesional que ha de ser dignamente retribuida sobre la base de criterios tales como la objetividad, la transparencia y la proporcionalidad. Tampoco debe olvidarse que sin la participación e intervención de la administración concursal la tramitación del concurso devendría imposible "técnica y jurídicamente". Ello debe conducir a descartar el criterio mantenido por determinados órganos judiciales a la hora de cuantificar la porción de la retribución de la administración concursal que puede satisfacerse como prededucible en atención a parámetros dotados de una subjetividad excesiva, alejada del rigor y de la seguridad jurídica que ofrece una cuantificación sobre las bases objetivas que siempre han inspirado al legislador, de las que es buena prueba el Real Decreto 1860/2004. Así lo reconoce la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña nº 353/2017, de fecha 25 de octubre, cuando afirma que la dificultad estriba en que, en cuanto al trabajo de la administración concursal, no existen referencias arancelarias para calcular el valor actualizado de determinadas actuaciones o servicios (a salvo

la regla referente al cálculo de la retribución adicional por el ejercicio con éxito de acciones rescisorias); por ello el Tribunal propone que " para salvarla cabe partir de las normas arancelarias sobre retribución de la administración concursal de la fase de liquidación (10 % de la de la fase común durante los seis primeros meses y 5 % los seis siguientes) pero proyectándolas sobre las actuaciones imprescindibles efectivamente realizadas y el tiempo y dedicación que normalmente es preciso invertir en llevarlas a cabo". El Tribunal discrepa del criterio expresado en la sentencia de instancia y considera que las cantidades percibidas por la administración concursal en concepto de gastos prededucibles -calculadas sobre un tope equivalente a la retribución que habría de percibir por doce meses de liquidación- se acomodan a la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2016 y encajan perfectamente en la categoría de créditos imprescindibles para concluir la liquidación. Por tanto, a falta de unos parámetros normativos que garanticen, en escenarios de insuficiencia de masa, un tratamiento igualitario de la retribución que efectivamente percibirá el administrador concursal por el desempeño del cargo, la concreción de la parte de esta retribución que podrá subsumirse en la categoría de "créditos imprescindibles para concluir la liquidación" debería responder a bases más o menos objetivas y transparentes. A esta problemática alude certeramente el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Córdoba de 16 de marzo de 2017, que concluye que el total de los honorarios de la administración concursal fijados en el Real Decreto 1860/2004 para la fase de liquidación son imprescindibles: "Este titular no acierta a entender cómo puede, repito, individualizarse gestiones profesionales como las que lleva a cabo la administración concursal en esta sede del concurso, con un riesgo además de una absoluta falta de uniformidad indeseable donde lo que en Córdoba es imprescindible, en

Bilbao no lo sea por ejemplo. La opción sería fijar como imprescindible un porcentaje de la retribución, pero ello tampoco estaría analizando actuaciones singulares como indica el Tribunal Supremo en su resolución. Lo que si parece dejar claro el Tribunal Supremo es que la labor de fijación de lo que es y no es imprescindible se deja en mano de la discrecionalidad (que no arbitrariedad) del juez del concurso dado que la norma no ha fijado las concretas actuaciones imprescindibles, quizás, y esta pueda ser otra interpretación de la norma, es que no se ha querido hacer porque no era la intención del legislador (...)". Con todo, no puede desconocerse que cualquiera que sea el criterio por el que nos decantemos, existirá un amplio margen a la discrecionalidad del juez del concurso -que no equivale a arbitrariedad-, sobre quien recae la decisión última de dar a todo o parte de los honorarios de la administración concursal el carácter de prededucibles, pues es el auto que se dicte (...) el que decidirá el encaje que ha de conferirse a la retribución del administrador; obvia decir que, en el escenario de insuficiencia de masa, esta resolución del juez del concurso implicará para el administrador concursal que se materialicen sus expectativas de cobro (si se integran todo o parte de sus honorarios en la categoría de créditos imprescindibles) o bien que aquellas posibilidades se frustren, ya que la negativa a conceder el carácter de prededucibles a los honorarios conllevará su subsunción en la categoría de restantes créditos contra la masa (...).

En estas circunstancias, el auto del Juzgado de lo mercantil número 1 de A Coruña de 22 de julio de 2020 considera que el criterio que favorece en mayor medida la objetividad y que satisface mínimamente las expectativas de cobro del administrador concursal, como "órgano imprescindible del concurso", es el consistente en atender a un determinado número de mensualidades, de tal modo que la parte de la retribución que ha de reputarse imprescindible

deberá calcularse sobre la base del Real Decreto 1860/2004, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, si se justifica cumplidamente que se han llevado a cabo en ese lapso operaciones necesarias para "obtener numerario y gestionar la liquidación y pago" que es, en definitiva, el criterio expresado por la Sala Primera. Todo ello sin desconocer que la enajenación de bienes y derechos que integran la masa activa puede tener lugar en la fase común (...) y que ya en esta fase del concurso la administración concursal acomete actuaciones imprescindibles para la liquidación de la masa activa, por lo que su retribución correspondiente a esta fase también podrá tener el carácter de prededucible (...). Éste ha sido el criterio seguido por la mayoría de los Juzgados de lo Mercantil, aunque no con total uniformidad, pues algunos Juzgados han atribuido el carácter de imprescindibles a todos los honorarios que corresponden a la administración concursal en la fase de liquidación -tanto anteriores como posteriores a la comunicación de insuficiencia de masa- y otros han atendido a un número concreto de mensualidades a partir de la comunicación (...).

En fin, la demora en la realización de la comunicación de insuficiencia de masa y la alteración del orden legal de prelación establecido para este supuesto pueden generar la responsabilidad de la administración concursal. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Pontevedra de 7 de marzo de 2019 destaca que... la responsabilidad de la administración concursal podrá originarse por el retraso culpable en la realización de la comunicación de insuficiencia de masa, atendida la trascendencia que la misma proyecta sobre el orden legal que habrá de seguirse en el pago de los créditos contra la masa (...). Pero la responsabilidad del administrador concursal, exigible por medio del ejercicio de la acción individual de responsabilidad, podrá tener su origen en la indebida postergación de

determinados créditos contra la masa, al haber atendido el pago preferente de otros créditos - entre ellos, sus propios honorarios- aduciendo que se trata de "créditos imprescindibles para concluir la liquidación". Al respecto, se ha admitido que la postergación indebida de créditos contra la masa únicamente puede reputarse como daño individual y no como un daño a la masa (SAP de Madrid de 17 de febrero de 2017). Varios son los elementos de juicio que habrán de tomarse en consideración para apreciar la existencia de responsabilidad de la administración concursal por la vulneración del orden legal de prelación en el pago de los créditos contra la masa que haya provocado la postergación injustificada de determinados créditos. La insuficiencia de masa activa, aunque vaya acompañada de la preceptiva comunicación (...) no eximirá de responsabilidad a la administración concursal si se abonaron como prededucibles determinados créditos sin haber solicitado al juez del concurso que se pronunciase sobre su carácter de "gastos imprescindibles para concluir la liquidación". Así, la autorización judicial (...) se presenta como un inequívoco factor de bloqueo de la acción de responsabilidad, en la medida en que existe una resolución del juez del concurso que habilita para el abono preferente de determinados créditos, entre los que de ordinario se encontrará una porción de la retribución de la administración concursal. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de noviembre de 2015 aprecia la vulneración de lo prevenido en la (...) Ley Concursal, "sin que pueda servir al caso el alegato de que los créditos satisfechos en perjuicio de la demandante, eran de naturaleza y orden "imprescindible" para concluir la liquidación de la masa, lo que autoriza el citado precepto (...) de la Ley Concursal, porque tal circunstancia no consta e incluso hay latente discusión doctrinal sobre cuales pagos serían susceptibles de incluirse en referida posibilidad, que siempre debe ser de aplicación restrictiva, y de necesaria apreciación (SAP de Murcia de 11 de

septiembre de 2014, SAP de Guipúzcoa de 17 de julio de 2014 ...)". Otro elemento modulador nos remite a los informes trimestrales de liquidación presentados por la administración concursal en los que se hayan hecho constar los créditos contra la masa devengados, con fechas de vencimientos e importes, así como el detalle de los que se hayan abonado previa realización de los bienes y derechos integrados en la masa activa. También la ausencia de oposición a la rendición de cuentas final presentada por la administración concursal revelará una aquiescencia tácita con el orden de pagos seguido por el administrador concursal, del que se habrá dado oportuna cuenta al confeccionar el informe (como elemento nuclear de la "parte numérica"). La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 31 de mayo de 2016 reprocha al demandante que no formulase oposición a la rendición de cuentas, en la que se informaba de los pagos realizados, por lo que aceptó aquella sin oposición: "la exigencia de responsabilidad individual que ejercita a continuación carece del más mínimo criterio delimitador concreto de los actos que dice afirmar y en los que basa su afirmación mezclando conceptos individuales, colectivos, societarios y extraconcursales".