



AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4 de A CORUÑA

Modelo: N18740
DE LAS CIGARRERAS, 1 (A CORUÑA)

Teléfono: 981182091 Fax: 981182089
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MP

N.I.G. 15030 47 1 2012 0000204
ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000254 /2020
Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA
Procedimiento de origen: CNO CONCURSO ORDINARIO 0000113 /2012

Recurrente: TORRES DIAZ, SANJURJO Y BARRAL
Procurador: EVA MARIA FERNANDEZ DIEGUEZ
Abogado: MARIA DEL PILAR CORTIZO MELLA
Recurrido: ENTABAN BIOCMBUSTIBLES DE GALICIA SA, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
Procurador: ,
Abogado: , LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TESTIMONIO

ENRIQUE GONZALEZ IGLESIAS, Letrado de la Administración de Justicia, del AUD. PROVINCIAL SECCION N. 4 de A CORUÑA, Doy Fe y Testimonio que en los autos de RECURSO DE APELACION (LECN) 0000254 /2020 consta AUTO, que literalmente se pasa a transcribir a continuación:

AUTO Nº109/2020

AUDIENCIA PROVINCIAL Sección Cuarta Civil-Mercantil

Ilmos. Magistrados-Jueces Sres.:

D. PABLO-SÓCRATES GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN, Pte.

D. ANTONIO-MIGUEL FERNÁNDEZ-MONTELLS y FERNÁNDEZ

D^a.ZULEMA GENTO CASTRO

En A CORUÑA, a catorce de octubre de dos mil veinte.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de INCIDENTE CONCURSAL ORDINARIO COMÚN 00113/2012-0004-N, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el RECURSO DE APELACIÓN (LECN) 0000254/2020, en los que aparece como parte apelante, **"TORRES DIAZ, SANJURJO Y BARRAL, S.L.P."** representada por la Procuradora de los tribunales, D^a. EVA-MARÍA FERNÁNDEZ DIÉGUEZ, asistida por la Abogada D^a. MARÍA DEL PILAR CORTIZO MELLA, y como parte apelada, la entidad concursada **"ENTABAN BIOCOMBUSTIBLES DE GALICIA, S.A."** y la acreedora **"TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL"**; versando los autos sobre apelación contra auto de 02/09/2020 desestimando recurso frente al auto de 05/06/2020.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO. DO MERCANTIL N. 1 de A CORUÑA, se dictó Auto con fecha 02/09/2020, en el procedimiento del que dimana este recurso, que contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: **"Desestimar íntegramente** el recurso interpuesto por la sociedad TORRES DIAZ SANJURJO Y BARRAL, S.L.P, sociedad nombrada administradora concursal de ENTABAN BIOCOMBUSTIBLES DE GALICIA, S.A frente al Auto de fecha 05.05.2019."

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida por la Administración Concursal, y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, fue señalada audiencia para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

TERCERO.- Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. D. **PABLO GONZÁLEZ-CARRERÓ FOJÓN.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1º.- El recurso de apelación interpuesto por la administración concursal de ENTABAN BIOCOMBUSTIBLES DE GALICIA S.A. suscita, en primer lugar, el problema jurídico de la aplicación temporal de las limitaciones impuestas por la disposición



transitoria Tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, cuyo texto es el siguiente:

Disposición transitoria tercera. Arancel de derechos de los administradores concursales.

Hasta que se apruebe el nuevo desarrollo reglamentario del artículo 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, el arancel de la administración concursal se regirá por lo dispuesto en el del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, con las siguientes especialidades:

a) La cantidad que resulte de la aplicación de lo establecido en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales se incrementará hasta un 5 por ciento por cada uno de los supuestos enunciados en el artículo 6.1 del mismo Real Decreto, sin que el incremento total pueda ser superior al 15 por ciento si el concurso fuera clasificado como de tamaño medio o superior al 25 por ciento si fuera calificado de gran tamaño, respetando en todo caso los límites establecidos en el artículo 34.2.b) de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

b) La retribución de los administradores concursales profesionales durante cada uno de los seis primeros meses de la fase de liquidación será equivalente al 10 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

A partir del séptimo mes desde la apertura de la fase de liquidación sin que hubiera finalizado esta, la retribución de los administradores durante cada uno de los meses sucesivos será equivalente al 5 por ciento de la retribución aprobada para la fase común.

A partir del decimotercer mes desde la apertura de la fase de liquidación la administración concursal no percibirá remuneración alguna salvo que el juez de manera motivada y previa audiencia de las partes decida, atendiendo a las circunstancias del caso, prorrogar dicho plazo. Las prórrogas acordadas serán trimestrales y no podrán superar en total los seis meses.

2°. En nuestro auto N° 145/2019, de 4 de diciembre, analizamos, desde una perspectiva diferente, el iter legislativo que desembocó en la transcrita disposición transitoria:

"La Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, reformó el artículo 34 de la Ley concursal y, por lo que aquí interesa, confió a un desarrollo reglamentario posterior la concreción del principio de limitación (La administración concursal no podrá ser retribuida por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso). Su disposición transitoria Segunda estableció que las modificaciones establecidas en los artículos 27, 34 y 198 no entrarán en vigor hasta que lo haga su desarrollo reglamentario, que deberá aprobarse, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad, en un plazo máximo de seis meses. Es sabido que el Gobierno no ha cumplido de momento el encargo de la Ley.

Menos de un año después, mediante la Ley 25/2015, de 28 de julio, el artículo 34 de la LC, sobre retribución de los administradores concursales, fue de nuevo reformado. El legislador renuncia ahora a confiar al Gobierno la fijación de la cantidad máxima con la que podrá ser retribuida la administración concursal y la concreta en la propia Ley en los términos del apartado 2 b) del artículo 34:

La cantidad total máxima que la administración concursal podrá percibir por su intervención en el concurso será la menor de las dos siguientes:

- i) La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4 por ciento.
- ii) Un millón quinientos mil euros.

No obstante, el juez de forma motivada y oídas las partes, podrá aprobar una remuneración que supere el límite anterior cuando debido a la complejidad del concurso los costes asumidos por la administración concursal lo justifiquen, sin que en ningún caso pueda exceder del 50 por ciento de dicho límite.

En todo caso, el artículo 34.2 de la Ley sigue siendo, en la reforma de la Ley 25/2015, un mandato -ahora más concreto- dirigido al Gobierno que ha de aprobar el nuevo arancel de los administradores concursales. Por eso, y porque en julio de 2015 ya se había incumplido el mandato de la disposición transitoria Segunda de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, fue necesario regular la situación transitoria hasta la aprobación del nuevo arancel. A esa necesidad atiende la disposición transitoria Tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio".



3°. El concurso voluntario de ENTABAN fue declarado por auto de fecha 29 de mayo de 2012; por auto de 23 de enero de 2014 se aprobó la retribución definitiva de la administración concursal correspondiente a la fase común, que a su vez es la que determina la de la subsiguiente fase de liquidación (Auto de 11 de diciembre de 2013). Durante esta fase del concurso comunicó la administración concursal al juzgado, al amparo de lo establecido en el artículo 176 bis de la Ley concursal y mediante escrito de fecha 31 de julio de 2015, la insuficiencia de la masa activa para atender al pago de todos los créditos contra la masa.

Con ocasión de la solicitud que la administración concursal dirigió al Juzgado el 17 de noviembre de 2017 -que tenía por objeto la determinación en veinte mil euros de su retribución como crédito prededucible, imprescindible para concluir la liquidación-, el Juzgado advirtió que la cantidad máxima total de las percepciones de la administración concursal estaba afectada por las limitaciones impuestas por el artículo 34. 2 b) de la Ley concursal y en la disposición transitoria Tercera de la Ley 25/2015, de 28 de julio, y que a dichos límites había de acomodarse la administración concursal. La parte dispositiva del auto ahora apelado se limita, sin embargo, a ordenar que la administración concursal ajuste los listados de créditos contra la masa a la disposición transitoria 3ª de la Ley 25/2015, y a ese mandato judicial se ciñe la discrepancia que la apelante plantea.

4°. La cuestión que, en definitiva, plantea el recurso es la de precisar si las limitaciones arancelarias que impone la disposición transitoria Tercera de la ley 25/2015 se aplican solo a los nuevos concursos incoados a partir de su entrada en vigor o también a los que ya se hallaban en tramitación en esa fecha y, en este segundo caso, si pueden afectar a retribuciones arancelarias ya determinadas por resolución judicial y devengadas, o solo a las correspondientes a periodos o fases posteriores a la fecha de entrada en vigor de la norma.

5°. Por lo que se refiere a la limitación de las doce mensualidades a partir de la apertura de la fase de liquidación, la cuestión ha sido recientemente analizada por el Tribunal Supremo en su sentencia nº. 349/2020, de 23 de junio, y resuelta en términos sustancialmente coincidentes con los que en el presente incidente mantiene, como apelada, la Tesorería General de la Seguridad Social. Dice la referida sentencia de la Sala Primera que la aplicación de la limitación temporal de cobro que establece la DT 3ª de la Ley 25/2015, a partir de su entrada en vigor, "no es una auténtica aplicación retroactiva porque no afecta a derechos adquiridos

(los honorarios anteriores a la entrada en vigor de la DT3.^a), sino a una expectativa de cobro de unas retribuciones por la función desarrollada como administrador concursal, que en fase de liquidación se devenga mes a mes y, lógicamente, mientras dure la liquidación. Propiamente, el derecho a la retribución se va adquiriendo conforme se va cumpliendo cada mes en el ejercicio de la función. Hubiera habido retroactividad propia si se hubiera aplicado la limitación al periodo anterior a la entrada en vigor de la DT3.^a, esto es, a la retribución devengada con posterioridad al mes duodécimo de la fase de liquidación y antes de la entrada en vigor de la DT3.^a.

En realidad, el juzgado aplica la reseñada regla de la DT3.^a, letra b), párrafo tercero, a partir de su entrada en vigor. Y lo hace, como advertíamos, sobre una relación jurídica surgida con anterioridad, una administración concursal de un concurso cuya fase de liquidación se había abierto hacía más de doce meses. Lógicamente afecta al nacimiento del concreto derecho de cobro de la retribución correspondiente a los meses posteriores. Se altera la expectativa de cobro que tenía el administrador concursal, al cambiar el marco normativo que regula su retribución. La aplicación de la DT3.^a sobre la retribución de los meses posteriores a su entrada en vigor está justificada por la propia ratio del precepto: evitar la prolongación de los concursos en fase de liquidación más allá de los doce meses y tratar de que esta prolongación no genere más costes para la masa. Se trata de un incentivo negativo para los administradores concursales, pues con esta limitación temporal saben que si la liquidación se prolonga más allá de un año, a partir del décimo tercer mes dejarán de cobrar su retribución, salvo en causas justificadas apreciadas por el juez".

Así pues, el recurso de apelación debe ser desestimado en cuanto a este extremo, bien entendido que preservamos, como se deriva de la doctrina jurisprudencial, el devengo de la retribución arancelaria correspondiente a todas las mensualidades de la fase de liquidación anteriores a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 25/2015.

6. En cuanto a la solicitud de fijación de "honorarios" de la administración concursal como crédito prededucible, imprescindible para concluir la liquidación al amparo de lo establecido en el artículo 176 bis 2, párrafo segundo, de la LC 22/2003, la sentencia 390/2016, de 8 de junio, recuerda que "el art. 176 bis 2 LC establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia



de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible". En la reciente sentencia del TS 467/2020, de 15 de septiembre, además de reiterar la doctrina anterior, se destaca que la excepción de los créditos prededucibles solo puede entenderse referida a los que surjan con posterioridad a la comunicación de insuficiencia de la masa activa.

7. Es en nuestro criterio excesivamente rigurosa la resolución apelada cuando desestima íntegramente la pretensión de la administración concursal sobre la base de no haberse expresado el importe correspondiente a cada una de las actuaciones, que la solicitante detalla en su solicitud como imprescindibles para concluir la liquidación. Porque lo cierto es que las que describe son necesarias y subjetivamente ineludibles (solo la administración concursal pueda realizarlas), pero de difícil o imposible precisión anticipada en cuanto a precio o coste, en particular las que se refieren a la observancia de las especiales exigencias medioambientales que impone el desmantelamiento de una planta de biocombustibles instalada en terrenos de la Autoridad Portuaria de Ferrol y la venta de sus componentes, además de las relativas al cumplimiento de obligaciones contables y fiscales, incluida la atención a las que se derivan de la concesión administrativa. Se trata, en todo caso, de servicios imprescindibles para concluir la liquidación, en beneficio de todos los acreedores contra la masa, que han de ser razonablemente retribuidos, como razonable es en este caso, atendida la entidad y complejidad de las actuaciones pendientes, una pretensión por importe ligeramente inferior a un 10% de la retribución de la fase común.

8. Ahora bien, puesto que se trata de retribuir servicios, operaciones materiales de liquidación que ha de llevar a cabo la administración concursal, no puede perderse de vista que el arancel sigue siendo, de momento, el único instrumento normativo que permite establecer la retribución. La regla de la exclusividad del artículo 34 2 b) (en su redacción anterior a la Ley 17/2014, todavía vigente) establece que los administradores concursales sólo podrán percibir por su intervención en el concurso las cantidades que resulten de la aplicación del arancel. Así las cosas, no es admisible que la administración concursal pueda rebasar el límite que establece

la DT 3ª de la Ley 25/2015, que es también norma arancelaria, por la vía del reconocimiento de su derecho a percibir una retribución adicional como "crédito imprescindible para concluir la liquidación"; desde que sus percepciones efectivas en liquidación cubren el límite de las doce mensualidades que establece la Ley, permitirle detraer de la masa una suma adicional para retribuir servicios pendientes de liquidación equivaldría a infringir la norma.

9. La aclaración anterior es pertinente porque en este caso la administración concursal ha cubierto la totalidad de los créditos contra la masa de los nº. 1, 2 y 4 del artículo 176 bis 2, y a principios de 2017 había satisfecho parcialmente, a prorrata, los del nº. 5, incluidos los correspondientes a su retribución arancelaria proyectada sobre mensualidades de liquidación anteriores y posteriores a la comunicación de insuficiencia de masa activa. La resolución del Juzgado, en lo que la confirmamos, le obligará a reordenar los pagos y a aplicar las cantidades percibidas con posterioridad al 31/7/2015 a la satisfacción proporcional de todos los créditos contra la masa del nº. 5, de modo que no es posible precisar de momento si ha consolidado el cobro o llegará a cobrar por liquidación una suma equivalente al 90% de la retribución de la fase común (10% x 6 y el 5% x 6). Por ello, si bien reconoceremos como crédito prededucible el solicitado por la administración concursal, en ningún caso podrá la administración concursal percibir por esta vía cantidades que, sumadas a las que cobre dentro de los créditos del nº. 5 del artículo 176 bis 2 de la LC por el pago a prorrata de la retribución arancelaria correspondiente a la liquidación, excedan del límite legal establecido en la DT 3ª de la ley 25/2015.

10. No es procedente hacer especial imposición de las costas de esta alzada, al ser el recurso parcialmente estimado (artículo 398 LEC).

11. Se dispondrá la devolución a la parte apelante del depósito constituido para recurrir (disposición adicional decimoquinta de la LOPJ, apartado 8).

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA



Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal de ENTABAN BIOCOMBUSTIBLES DE GALICIA S.A. contra el auto de fecha 2 de septiembre de 2020 del Juzgado de lo Mercantil N°. 1 de A Coruña, confirmatorio del de 5 de junio de 2020 del mismo Juzgado, que parcialmente revocamos.



Declaramos que la retribución arancelaria de la administración concursal está afectada por las limitaciones impuestas por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 25/2015, si bien solo a partir de la fecha de la entrada en vigor de la Ley.

Reconocemos el derecho de la administración concursal a detraer, como crédito prededucible en el marco del artículo 176 bis de la LC 22/2003, la retribución correspondiente a los servicios imprescindibles para concluir la liquidación hasta el límite de 20.000,00 €, si bien en ningún caso podrá la administración concursal percibir por esta vía cantidades que, sumadas a las que haya cobrado o llegue a cobrar por el pago a prorrata de la retribución arancelaria devengada durante la liquidación, excedan del límite legal establecido en la DT 3ª de la Ley 25/2015.

No hacemos especial imposición de las costas de esta alzada.

Devuélvase a la apelante el depósito constituido para recurrir.

Contra este auto no cabe interponer recurso alguno.

Así por este auto, del que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro correspondiente, lo pronuncia, manda y firma el tribunal en el lugar y fecha arriba indicados.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior resolución por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman, y leída en el mismo día de su fecha, de lo que yo Letrado de la Administración de Justicia doy fe.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Lo anteriormente transcrito concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, extendiéndose el presente en A CORUÑA, a veintisiete de octubre de dos mil veinte.

EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA,

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.