

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28), de fecha 29.02.2008, modera en la aplicación de los porcentajes variables, particularmente, los relacionados con el incremento variable por sustitución del deudor de las facultades de administración y disposición de su patrimonio (art. 40 de la Ley concursal) y con los decrementos en los casos de cese o suspensión de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 44): «FUNDAMENTOS DE DERECHO. TERCERO.- La retribución a la que se refiere el artículo 34 de la Ley Concursal (22/2003, de 9 de julio) y que ha sido regulada por Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que establece el arancel de derechos de los administradores concursales, tiene un componente básico, que se calcula atendiendo a los valores de la masa activa (que finalmente resultará del inventario definitivo) y de la masa pasiva (que se desprenderá de la lista de acreedores), a los que han de aplicarse las escalas progresivas y porcentajes sobre el resto adicional tabulados en el arancel, para obtener dos importes que se suman, suponiendo la realización de una operación aritmética que no contempla ninguna consideración adicional (artículo 4.1 del Decreto 1860/2004). Sin embargo, una vez fijada esa remuneración básica entran en juego otros conceptos, hasta alcanzar la cifra final de la retribución, que operan por el siguiente orden:

1º) la aplicación de incrementos variables por razón de la dificultad para el desempeño de su misión por parte de la administración concursal, que pueden ser: a) de hasta un 50% sobre la cantidad anterior si el concursado tuviera suspendido el ejercicio de las facultades de administración y de disposición sobre la masa activa (artículo 4.2 del Decreto 1860/2004); y b) de entre un 5 y un 25;% de la cantidad resultante de las operaciones anteriores si se hubiese ordenado la tramitación abreviada del concurso y la administración concursal estuviera integrada por único miembro (artículo 4.5 del Decreto 1860/2004);

2º) la aplicación de decrementos en los casos de cese o suspensión de la actividad profesional o empresarial del concursado, que pueden ser: a) del 25% si es total (artículo S.1 del Decreto 1860/2004); y b) el que el juez determine (se entiende, lógicamente, con el límite del 25% previsto para el caso anterior, que es de más alcance) si fuese solo parcial (artículo 5.2 del Decreto 1860/2004);

3º) la aplicación de un incremento fijo de un 5 % por cada uno de los supuestos que conlleven complejidad del concurso (artículo 6 del Decreto 1860/2004) y que están tasados en el arancel:

a) cuando exista una discrepancia de, al menos, un 25 % entre el valor de los bienes del inventario presentado por el deudor y el definitivamente aprobado o entre el importe del pasivo relacionado por el deudor y la lista definitivamente aprobada; b) cuando, al menos, la cuarta parte del valor de los bienes y derechos corresponda a los que estén fuera del territorio español, siempre que sobrepasen diez millones de euros; c) que el número de acreedores concursales sea superior a mil; d) cuando el número de trabajadores empleados por el deudor rebase doscientos cincuenta (en la fecha de declaración del concurso o como número medio de trabajadores empleados durante el año inmediatamente anterior); e) cuando se tramiten ante el juez expedientes de modificación sustancial de condiciones de trabajo o de suspensión o extinción colectiva de relaciones laborales, de conformidad con la LC, siempre que la empresa concursada tenga más de cincuenta trabajadores; f) cuando el número de establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o servicios que figuren en el inventario fuese superior a diez o, al menos tres de ellas radiquen en distintas provincias; g) cuando el concursado hubiera emitido valores que

estén admitidos a cotización en mercado secundario oficial; y h) cuando el concursado fuera entidad de crédito o de seguros; y ;

4º la aplicación de un incremento variable de hasta un 25% del importe de la retribución final en el caso de aprobación judicial de convenio anticipado (artículo 7 del Decreto 1860/2004).

CUARTO.- Cuando el arancel prevé porcentajes fijos (como en los artículos 5.1 y 6 del Decreto 1860/2004) el Juez debe limitarle a comprobar que concurre el supuesto de hecho previsto en la norma para aplicar, sin otra consideración, el tipo correspondiente. Sin embargo, en aquellas previsiones en las que el arancel contempla la aplicación de un porcentaje variable, enmarcado entre unos márgenes máximo y mínimo (como ocurre en los artículos 4.2, 4.5, 5.2 y 7 del Decreto 1860/2004), dejando al prudente arbitrio del juez su concreción, éste deberá actuar con suma cautela y exquisita sensibilidad, procurando que la opción que adopte, sin dejar de responder a la justa retribución de los cualificados profesionales que desempeñan la administración concursal, entrañe la valoración de la relevancia que en cada caso se merece la aplicación del índice corrector y la repercusión que ello va a suponer para la masa del concurso. Para ello podrá barajar criterios de equidad, que entraña la posibilidad de realizar moderaciones según exigencias del sentido natural de justicia, que no ha de perderse de vista a la hora de aplicar las normas (artículo 3.1 del C Civil). Lo cual permitirá al juzgador tomar en consideración datos como la cuantía (por elevada o, por contra, por exigua) de las retribuciones base sobre las que se vayan a aplicar los porcentajes correctores (para evitar que se disparen los resultados o, por el contrario, se queden demasiado cortos), el grado real de dificultad que se entrevea para el desempeño de su misión, entre otras razones en función de la colaboración que de los interesados puedan estar recibiendo los administradores concursales, y también la afectación o sacrificio que podría conllevar para las perspectivas de satisfacción de los acreedores, que es el fin último del proceso concursal, el señalamiento de retribuciones demasiado altas si se aplica el límite máximo previsto para el porcentaje corrector.

QUINTO.- Las precedentes consideraciones permiten comprender por qué este tribunal también considera justificado el segundo motivo del recurso de apelación, ya que la aplicación de los referidos porcentajes variables a los criterios de ajuste a la peculiaridad del caso y de moderación antes enunciados aconseja la reducción de la cuantía solicitada en concepto de honorarios por la administración concursal. En cuanto al artículo 4.2 del RD 1860/2004, que permite aplicar un incremento de hasta un 50% en el caso de que el concursado tuviera suspendidas sus facultades de administración y disposición, entendemos carente de justificación que se opte por la aplicación del límite máximo, cuando su razón de ser es la mayor dedicación que para la administración concursal debería exigir la asunción de las labores de administración y disposición de la masa activa que la de mera intervención del concursado. Porque hay que valorar aquí, para optar por un porcentaje concreto, el grado de colaboración y ayuda que se haya brindado a la administración concursal por el concursado o su personal para la gestión de la empresa, lo que puede facilitar su labor, además de, como se pide en el recurso, barajar un criterio de equidad que permita optar por la aplicación de un porcentaje mucho más moderado que el de dicho límite máximo, cuando la retribución básica sobre la que va a operar el coeficiente corrector es de por sí tan elevada que se corre el riesgo de alcanzar una suma desproporcionada. No ha de olvidarse que la retribución grava directamente la masa activa, por lo que acrecentar aquélla de modo desorbitado supone disminuir las expectativas de satisfacción de los acreedores, que es el fin último del concurso. Es por ello que entiende

este tribunal que resulta mucho más prudente, en consideración a la concurrencia de las circunstancias descritas, reducir en el presente caso al 5% el porcentaje de incremento por este concepto.

Por otro lado, el porcentaje de decremento a que se refiere el artículo 5.2 del RD 1860/2004 está relacionado con la menor complicación que para la administración concursal debería suponer enfrentarse a una situación de cese o suspensión parcial de actividad empresarial que a un funcionamiento ordinario de la misma. Pues bien, ya que la contratación relacionada con la actividad filatélica que constituía el objeto principal de la concursada se ha visto seriamente afectada (hasta el punto de que el informe de la administración concursal incluso habla de cese en la actividad filatélica), habiendo centrado su gestión los administradores en otros ámbitos (control de tesorería, regularización de arrendamientos de inmuebles y mera custodia de la filatelia), entendemos más adecuado que el tipo del descuento a realizar lo sea de un 20 %, y no sólo de un 10 %, como proponía la administración concursal y se limitó a recoger la resolución recurrida.

SEXTO.- La traducción numérica de los precedentes razonamientos supone la siguiente operativa:

No siendo discutida en este trámite la valoración provisional de bienes y derechos del deudor (745.143.598,80 euros) ni la de la masa pasiva (3.365.897.826,97 euros), el resultado de la aplicación del arancel es una remuneración básica, según la operación matemática prevista en el mismo, de 977.048,73 euros, de la que necesariamente ha de partirse por disposición legal. Sobre ella opera el incremento del 5 % por aplicación del artículo 4.2 del RD 1860/2004 que asciende a 48.854,24 euros. La suma de ambos conceptos supone 1.025.902,97 euros. A continuación se aplica la disminución del 20% por reducción de actividad del artículo 5 2 del RD 1860/2004 por importe de 205.180,59 euros. La sustracción de ambos conceptos arroja una diferencia de 820.722,38 euros. Sobre ese importe se aplican los cuatro incrementos del 5 %, según el artículo 6 del RD 1860/2004, en su apartado nº 1 letras c (por elevado número de acreedores), d (por el número de trabajadores), e (por la tramitación de ERE laboral) y f (por número de establecimientos), a razón de 41.036,12 euros cada uno de ellos, que suman 164.144,48 euros. La adición de tales incrementos conlleva un rebultado final de 984.866,86 euros.

Por tanto, el resultado del expresado cálculo es la cifra que tiene derecho a percibir cada uno de los dos miembros, designados como auditor y como abogado, por el desempeño de sus funciones durante la fase común del concurso de FORUM FILATÉLICO SA.

Ya que se ha operado sobre valoraciones provisionales tanto de la masa activa de bienes y derechos como del pasivo del concurso, al finalizar la fase común, que dotará de certeza al valor de dichas partidas, deberá efectuarse la correspondiente liquidación para determinar si procede que perciban una cantidad superior o que reintegren o compensen el exceso de lo percibido. La remuneración en las fases sucesivas del concurso se determinará por los porcentajes establecidos en el artículo 9 de arancel que se aplicarán sobre el importe de la cuantía establecida para la retribución por la fase común, además de las cantidades complementarias a que se refiere el artículo 11».

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1), de fecha 06.11.2007, pura y simplemente, acuerda una reducción del importe resultante del arancel sobre retribución de los administradores concursales, fundado en la escasa complejidad del concurso y razones de proporcionalidad, es decir, no aplica el Arancel: «En cuanto al importe de la retribución fijada en los referidos Autos y en el Auto de fecha 9 de Julio del 2007 a la Sala le parece absolutamente excesiva, pues los honorarios presentados por la administración concursal en la fase común y aprobados por el Auto de fecha 10 de Junio del 2005 (folio 38 Sección 2ª) ya alcanzan a la suma de 44.494.29 euros más IVA, para cada administrador, es decir en conjunto la suma de más de 150 mil euros a lo que hay que sumar los honorarios relativos a la fase de convenio de importe 13.346.19 euros más IVA, para la administración concursal y por mes, esto es, 4.448.73 € por administrador y mes, según Auto de 31 enero 2007 (folio 46 de la Sección 2ª) hasta que se resuelva este recurso por la Sala, es decir, una cantidad aproximada de otros 154 mil euros, con lo que el "quantum" para cada administrador asciende a una cuantía cercana a los 100 mil euros, cantidad a todas luces abusiva atendiendo a los parámetros de "complejidad del concurso", al "justo equilibrio" y al hecho de que la retribución "aunque se aplique arancel", no debe ser desproporcionada a las tareas realizadas por los propios administradores., como se desprende del RD 1860/2004 en su Exposición de Motivos.

No se puede dar por bueno el criterio de los administradores concursales, ni del Auto de fecha 9 de Julio del 2007 (folio 100 de la Sección 2ª), en el sentido de que el apartado 4 del art. 34 al establecer "aplicando el arancel" debe comportar necesariamente su aplicación o que el "arancel opera como mínimos" y que todo ello comporta la "justeza" de la retribución, pues la "justa causa" debe establecerse no sólo por el criterio del arancel y los mecanismos allí establecidos, sino también por el criterio de la "complejidad del concurso" y al criterio de "proporcionalidad" atendiendo a la dificultad que presente el mismo, ya que en caso contrario sólo se atendería a la cuantía, criterio que se desvía del espíritu de la Ley y del Real Decreto 1860/2004 de 6 de Septiembre, cuando se fijan precisamente estos criterios para su determinación en la propia Exposición de Motivos anteriormente mencionada.

En efecto, el nuevo sistema retributivo elegido por el legislador para remunerar la labor profesional de los Administradores Concursales es el de arancel que, según la Disposición Final 34, debía ser aprobado por el Gobierno en un plazo máximo de nueve meses, a contar de la entrada en vigor de la Ley. Esta disposición fue cumplimentada por el Gobierno mediante el mencionado Real-Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, que aprobó los aranceles, en los que debe basarse el Juez del concurso para fijar la remuneración a percibir por los Administradores Concursales, teniendo en cuenta los parámetros del meritado art. 34.2º LC esto es: a) el importe del activo, b) la cuantía del pasivo y c) la previsible complejidad del concurso. Este Real Decreto omitió incluir un arancel de mínimos para aquellas situaciones de concurso o cuando resulte muy pequeña la retribución de la Administración Concursal.

Es precisamente por ello que la remuneración se fija por el Juez del Concurso, en base a un informe no vinculante de los Administradores, una vez que han aceptado el cargo y, en estos primeros momentos, las cifras de Activo y de Pasivo no están demasiado determinadas y pueden sufrir profundas modificaciones, pudiéndose dar el caso, de que se asignen unos honorarios a los Administradores Concursales, en base a las cifras que se han

presentado en el balance que se acompaña a la solicitud del concurso y se perciban en los plazos señalados por el Juzgado y al emitir el informe resulten muy inferiores, por lo que se pueden ven obligados a devolver parte de los honorarios percibidos.

Al hilo de dichos parámetros debe decirse que, es un hecho acreditado, en el presente caso, que el concursado no tiene establecimiento mercantil, ni realiza actividad alguna, no tiene trabajadores, la masa activa está conformada por cinco sociedades y pocos activos financieros más y la masa pasiva está conformado por cinco acreedores, todos ellos ya establecidos por el concursado en su escrito de declaración de concurso y que los administradores sólo han hecho que ratificar lo declarado por el concursado en el sentido que no han tenido que investigar ni tan siquiera su patrimonio, no han realizado acto de administración alguno, lo que hace justo determinar que existe justa causa al considerar desproporcionada la retribución fijada con la actividad desarrollada por estos.

Basta con examinar la Sección 2ª para ver el escaso trabajo que la administración concursal ha realizado en el presente concurso y así se ve que el valor de la masa activa lo era de 9.958.793.03 € y el de la masa pasiva 1.652.196.69 €, según reconoció la propia administración concursal en su escrito de 27 abril 2006 (folio 41) esto es sumas prácticamente idénticas a las que ofreció el concursado en su solicitud de concurso, mediante el informe del economista Sr... (folio 13 de la pieza principal del concurso). Y desde que se iniciara la fase de convenio en el mes de mayo de 2006 ninguna actuación relevante aparece acreditada por la administración concursal.

En la etapa o fase común del procedimiento concursal o primera etapa, la actividad de la Administración Concursal debe dirigirse en una doble dirección y desplegarse desde el momento mismo de su aceptación y toma de posesión de forma colegiada por los tres Administradores Concursales, salvo la que el Juez del Concurso confíe individualmente a alguno de sus miembros. Nos estamos refiriendo a las funciones de control o gestión patrimonial que conforma la masa activa y a la de elaboración del informe en el plazo y forma regulados en los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal y que en el presente caso no resultaron necesarias dado lo escaso de los créditos y la calidad del concursado de un empresario del sector de la hostelería dedicado a administrar su propio patrimonio constituido por acciones de sociedades hoteleras e inmuebles sin conflictividad laboral alguna, además de tratarse de un concurso voluntario donde el deudor conserva las facultades de administración y de disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los Administradores Concursales, mediante su autorización o conformidad y donde además el Juez no acordó la suspensión de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio (art. 40.1 LC). Como ya se dijo la masa pasiva la integran cinco sociedades y la masa activa no planteaba problemas al participar el concursado mayoritariamente entre un 95 y 99.9% en las sociedades que explotan diversos negocios hoteleros, esto es, su patrimonio no planteaba duda alguna y precisamente por ello tanto su contabilidad como su determinación eran mas que claras.

En conclusión la actuación de la administración ha consistido en confeccionar la lista de acreedores, la lista de la masa activa y pasiva, al amparo del art. 86 LC y que previamente había sido confeccionada por el economista designado por el concursado, D. Xavier Vilanova. De donde no puede pretenderse la existencia de complejidad del concurso al no haberse incrementado ni decrecido el patrimonio declarado con el patrimonio confeccionado por la administración. Es por ello que, en uso de la facultad de supervisión que el art. 35.6º LC concede al juez del concurso, se da lugar a lo solicitado en

el recurso declarando nulos los ya citados autos y revocado el Auto de fecha 9 de Julio del 2007, fijándose por la Sala atendiendo al trabajo efectivamente realizado por los administradores concursales, los honorarios para la fase común en la suma de 6 mil euros más IVA para cada administrador y en la fase de convenio de otros 6 mil euros, más IVA y en su consecuencia reintegrar al concursado las cantidades que los administradores hubieren recibido en exceso atendiendo a las cuantías establecidas anteriormente».