

LA INSUFICIENCIA DE BIENES PARA SUFRAGAR LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA y LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Alfonso Muñoz Paredes

Magistrado del juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo

Magistrado Especialista CGPJ en asuntos propios de lo Mercantil

1.- LA INSUFICIENCIA DE BIENES PARA SUFRAGAR LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA

Como es sabido el art. 176 bis.2 consagra un orden de pagos de créditos contra la masa ligado a criterios de ontología del crédito y no meramente temporales, ligado al acaecimiento de una situación de insuficiencia de masa activa para su íntegra satisfacción.

Comencemos por recordar el tenor del precepto:

Artículo 176 bis. Especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa.

1. Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.

No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.

2. Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

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

2.º 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.

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

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

5.º Los demás créditos contra la masa.

3. Una vez distribuida la masa activa, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa. No impedirá la declaración de insuficiencia de masa activa que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal.

El informe se pondrá de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas.

La conclusión por insuficiencia de masa se acordará por auto. Si en el plazo de audiencia concedido a las partes se formulase oposición a la conclusión del concurso, se le dará la tramitación del incidente concursal. Durante este plazo, el deudor persona natural podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho. La tramitación de dicha solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis.

4. También podrá acordarse la conclusión por insuficiencia de masa en el mismo auto de declaración de concurso cuando el juez aprecie de manera evidente que el patrimonio del concursado no será presumiblemente suficiente para la satisfacción de los previsibles créditos contra la masa del procedimiento ni es previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros.

Si el concursado fuera persona natural, el juez designará un administrador concursal que deberá liquidar los bienes existentes y pagar los créditos contra la masa siguiendo el orden del apartado 2. Una vez concluida la liquidación, el deudor podrá solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso. La tramitación de la solicitud, los requisitos para beneficiarse de la exoneración y sus efectos se regirán por lo dispuesto en el artículo 178 bis.

Contra este auto podrá interponerse recurso de apelación.

5. Hasta la fecha en que se dicte el auto de conclusión del concurso, los acreedores y cualquier otro legitimado podrán solicitar la reanudación del concurso siempre que justifiquen indicios suficientes para considerar que pueden ejercitarse acciones de reintegración o aportando por escrito hechos relevantes que pudieran conducir a la calificación de concurso culpable y que justifiquen el depósito o consignación ante el juzgado de una cantidad suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa previsibles. El depósito o consignación podrá hacerse también mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata

disponibilidad de la cantidad.

El secretario judicial admitirá a trámite la solicitud si cumplen las condiciones de tiempo y contenido establecidas en esta ley. Si entiende que no concurren las condiciones o que no se han subsanado, el secretario judicial dará cuenta al juez para que dicte auto aceptando o denegando la solicitud. Reanudado el concurso, el instante estará legitimado para el ejercicio de la acción de reintegración o de impugnación, estando en cuanto a las costas y gastos a lo dispuesto en el artículo 54.4”.

En el art. 176 bis se recogen, pues, dos formas distintas de conclusión, por más que ambas tengan como presupuesto la insuficiencia de la masa activa para cubrir los créditos contra la masa, a saber:

- a) La declaración-conclusión, en unidad de acto, cuando la insuficiencia es tan notoria que la percibe el propio juez al declarar el concurso, de modo tal que al propio tiempo acuerda su conclusión, sin llegar a nombrar administración concursal.
- b) La conclusión por insuficiencia constatada una vez pasado el momento inicial de la declaración del concurso y aceptado el cargo por la administración concursal.

Dejando de lado el supuesto, sencillo, de declaración-conclusión, procede adentrarnos en el supuesto de conclusión sobrevenida, de mayor complejidad, no sólo por la poca pericia del legislador al redactar los tres primeros apartados del art. 176 bis, sino por la deficiente sistemática del precepto, que mezcla la comunicación de insuficiencia del art. 176 bis.2 con la conclusión del concurso por causa de insuficiencia.

Ello ha contribuido a que, en ocasiones, se haya entendido, a mi juicio de forma errónea, que la comunicación de insuficiencia lleva aparejada, sin solución de continuidad, la conclusión del concurso. Pero ese tránsito, que en la sistemática de la ley parece muy breve (apenas un apartado), en la realidad puede ser bastante largo.

El problema viene dado por la génesis del precepto, que no se incorporó de forma natural al texto original de la Ley Concursal, sino que es un injerto propio de la reforma operada por la Ley 38/2011.

El legislador mezcla en el art. 176 *bis* dos instituciones distintas, la comunicación de insuficiencia, de un lado, y la conclusión por insuficiencia de otro. La comunicación del art. 176 bis.2, por más que preceda necesariamente a la conclusión por razón de insuficiencia, tiene como principal efecto disciplinar el orden de pago de créditos contra la masa, por lo que hubiera sido preferible su ubicación en el art. 84, reservando para el art. 176 *bis* las especialidades de esta forma de conclusión.

Esta confusión del legislador nos obliga a desbrozar el precepto para, a la luz de la jurisprudencia del TS, intentar definir, entre otros, las siguientes cuestiones:

- a) ¿Cuándo debe la AC efectuar la comunicación?
- b) ¿Qué efectos tiene sobre sus obligaciones (presentación del informe, confección del plan de liquidación, etc.?)
- c) ¿Qué retribución tiene derecho a cobrar la AC?

- d) ¿Qué efecto despliega sobre el art. 176 bis.2 la doctrina de “congelación incidental” emanada de las SSTs de 10 de Junio de 2015, 11 y 18 de marzo de 2016?

1.1. ¿Desde cuándo es posible la comunicación de insuficiencia de masa activa?

El art. 176 bis nos proporciona referencias temporales contradictorias, al menos en apariencia. Principia enunciando que esta modalidad de conclusión es factible desde la misma declaración del concurso (art. 176 bis.1), tan pronto la advierta la administración concursal (art. 176 bis.2), pero al tiempo, en el apartado segundo, al regular el orden de pago de los créditos contra la masa, aclara que ello no afectará a “los créditos imprescindibles para concluir la liquidación”, con lo que parece dar a entender que el campo natural de acción de este precepto es la fase de liquidación, pues antes de entrar a pagar los créditos contra la masa por el orden que estipula debe hacerse excusión de los necesarios para poner fin a la liquidación.

Para no sacar conclusiones precipitadas y acabar afirmando que sólo es posible aplicar el art. 176 bis una vez abierta la fase de liquidación debemos profundizar en la exégesis del precepto.

¿Es un mecanismo procesal aplicable solamente en fase de liquidación o también en la fase común y, acaso, en la de convenio?

El principio del que debemos partir es que la insuficiencia es un estado de hecho, no de derecho. No precisa de la comunicación de la administración concursal para nacer a la vida ni tampoco de una resolución judicial que la declare o constate.

Cuestión distinta es que para que ese estado de hecho tenga efectos procesales precise de la comunicación de la administración concursal, que deberá efectuarse tan pronto acontezca, pero, como veremos, ello no altera la circunstancia fáctica de la insuficiencia ni el momento de su aparición.

Como estado de hecho, discurre al margen del concurso, por lo que es posible que se haga patente en fase de liquidación, en la fase común e, incluso, en la de convenio, aunque en todo caso, salvo que la insuficiencia de activo sea notoria, hasta la presentación del informe del art. 75 LC será complejo hacer un cálculo aproximado del valor de la masa activa y de los créditos contra la masa. Por otro lado, no exige la Ley que la insuficiencia se acredite de forma plena (resultaría imposible, por otra parte, dado que los créditos contra la masa se devengan a lo largo de todo el concurso y resulta difícil prever lo que vamos a obtener por la venta de los activos), siendo suficiente a estos efectos la mera previsibilidad, por lo que bastaría un informe razonado y justificado de la administración concursal para entender salvado este requisito.

Ciertamente la insuficiencia puede tener lugar en una fase avanzada del concurso, ya abierta la liquidación y aprobado el plan, pero, siendo la insuficiencia de masa para cubrir los gastos del concurso un mal casi endémico de los procedimientos concursales españoles, es muy frecuente que la impotencia de la masa se detecte *ab initio* o en una fase embrionaria del concurso. En tal caso, si los bienes pueden venderse rápidamente en fase común sin necesidad de abrir la liquidación, nada impide que la conclusión tenga lugar en fase común, siempre y cuando pueda entonces la administración concursal tener a su disposición los datos fácticos suficientes para poder afirmar que no es “*previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o*

de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable”, y si las mismas ya están en tramitación, deberán haber concluido, “salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa”.

Incluso podemos imaginar sin dificultad algún escenario en que la insuficiencia se presente durante la fase de convenio y antes de su aprobación. En un orden racional de las cosas no parece lógico que se abra siquiera la fase de convenio - que sólo va a afectar a créditos concursales- si ni siquiera hay masa para cubrir los prededucibles, pero amén de que en ocasiones la apertura de la fase de convenio obedece, más que a una posibilidad cierta de poder aprobarlo y cumplirlo, a un deseo irreflexivo de evitar la liquidación, no podemos descartar supuestos en que en la masa de la concursada no haya activo para pagar los créditos contra la masa pero ese activo proceda de un tercero, vía convenio de asunción, vía modificación estructural; en tales supuestos, hasta que el negocio de asunción o la modificación estructural se consumen, puede la administración concursal detectar una insuficiencia de masa que le imponga afrontar los pagos conforme al orden del art. 176 *bis.2*.

Si el convenio de asunción triunfa y el asuntor se obliga en exclusiva (asunción liberatoria) al pago de créditos contra la masa, cesará la razón de ser del art. 176 *bis.2*, no porque en el patrimonio del asuntor haya activo suficiente para afrontar su pago (aunque no lo hubiere, como el asuntor no está en concurso no se le puede aplicar el 176.*bis.2*) sino porque la concursada deja de estar obligada a su pago. Si el asuntor sólo asume el pago de los créditos incluidos en el convenio, como correspectivo de los bienes que en su virtud se le transmiten, de modo que es el concursado el que debe pagar los créditos contra la masa, bien puede suceder que los bienes sobre los que aún tenga el derecho de dominio sean insuficientes para cubrir dichos créditos. En tal coyuntura, si la administración concursal, antes de la aprobación del convenio (con la aprobación no solo tiene lugar su cese sino también el decaimiento del mecanismo del 176 *bis.2*) detecta la insuficiencia, debe ponerlo de manifiesto y encarar los pagos en el orden que dicho precepto impone. No obstante, toda vez que la aprobación del convenio implicará el cese de los efectos del concurso y, con ellos, del art. 176 *bis.2*, la aplicación de dicho precepto será transitoria, pero con efectos sensibles.

Si el convenio, ya como contenido del mismo o como medio para dar viabilidad a su cumplimiento prevé una modificación estructural, de ordinario una cesión global de activo y pasivo o una fusión por absorción, como tales mecanismos societarios implican que el concursado deje de ser deudor para pasar a serlo un tercero, no habrá lugar, en principio, a la entrada en juego del art. 176 *bis.2*. Pero en el lapso de tiempo que medie desde la declaración de concurso hasta la aprobación del convenio no podemos descartar que surja la insuficiencia y la administración concursal haya de pagar siguiendo el orden del 176 *bis.2*; si el convenio se aprueba y el nuevo deudor, solvente, paga todos los créditos contra la masa, el problema será menor y quedará reducido a una alteración del orden natural de vencimientos. Pero si no paga o, incluso, deviene él mismo insolvente, aquella comunicación efectuada por la administración concursal tendrá a buen seguro efectos decisivos.

Podemos, en suma, concluir que la comunicación del art. 176 es un mecanismo procesal vinculado naturalmente a la liquidación, entendida ésta no en un sentido jurídico (fase de liquidación), sino en un sentido material, de realización de los bienes, tenga ésta lugar en la llamada fase de liquidación o con carácter previo en fase común.

1.2. Si la comunicación del artículo 176 bis.2 tiene lugar en fase común, ¿debe presentarse el informe del artículo 75 y someterse a trámite incidental?

Acabamos de concluir que la comunicación de insuficiencia puede tener lugar en cualquier fase del concurso, pues la insuficiencia es un estado de hecho, que nace al margen del devenir procesal. Al propio tiempo, el art. 176 bis.1 contiene dos afirmaciones complementarias:

a) *Desde la declaración del concurso procederá la conclusión por insuficiencia de la masa activa cuando, no siendo previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable, el patrimonio del concursado no sea presumiblemente suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa, salvo que el juez considere que estas cantidades estén garantizadas por un tercero de manera suficiente.*

b) *No podrá dictarse auto de conclusión del concurso por insuficiencia de la masa activa mientras se esté tramitando la sección de calificación o estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa.*

Con estos mimbres normativos, de acontecer la insuficiencia en fase común, ¿sigue estando obligada la administración concursal a presentar el Informe del art. 75? De ser así, ¿sometemos el Informe a publicidad y tramitamos la fase incidental?

La respuesta no puede ser única, sino que dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Pero sí podemos establecer unas pautas generales, en función de la concurrencia o no de los siguientes factores: la reversibilidad de la insuficiencia, la entidad cuantitativa y cualitativa de los bienes a realizar y la previsibilidad o pendencia de acciones que puedan suponer un incremento de masa activa.

a.- *Reversibilidad de la insuficiencia.* Lo primero que debe efectuar la administración concursal es un cálculo aproximado del valor de realización de los bienes y derechos y del importe de los créditos contra la masa, algo relativamente sencillo en los epílogos del concurso y más complejo en sus inicios. Por ello la ley no exige un juicio de certeza de la insuficiencia, sino de mera previsibilidad. Como juicio indiciario y provisional, está sujeto a error, por lo que si la masa que en un principio se revelaba insuficiente luego es suficiente, dejará de aplicarse el orden de pagos del art. 176 bis.2 y el concurso habrá de concluir por otra causa de las previstas en el art. 176. La comunicación de insuficiencia es, en suma, reversible, como lo es el propio estado de hecho del que parte.

Si la insuficiencia, al menos en potencia, es reversible, lo primero que debe la administración concursal es calibrar si, con el valor venal de la masa *actual*, puede cubrir los créditos contra la masa existentes o de previsible generación.

b.- *Entidad cuantitativa y cualitativa de los bienes a realizar.* Si los bienes pueden

venderse rápidamente -y sin merma excesiva de valor- en fase común por la vía del art. 43, resulta innecesario prolongar la agonía del concurso hasta la fase de liquidación.

c.- Previsibilidad o pendencia de acciones que puedan suponer un incremento de masa activa. La conclusión por insuficiencia en fase común está condicionada a que la administración concursal tener a su disposición los datos fácticos suficientes para poder afirmar que no es *“previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable”*. Si no dispone de los datos para tamañas afirmaciones o los datos existentes revelan la posibilidad de acrecer la masa por cualquiera de esas vías, la conclusión deberá esperar.

Si la administración concursal, una vez efectuada la comunicación de insuficiencia, puede afirmar la concurrencia cumulativa de los tres requisitos –insuficiencia irreversible, facilidad de realización y no previsibilidad de acciones de acrecimiento de la masa- podemos afirmar que:

1.- Carece de sentido que la administración concursal presente un listado de acreedores concursales que, en ningún caso, van a poder ser satisfechos con la masa existente o futura. La única utilidad de formular el Informe y someterlo a impugnación es extraconcursal, en cuanto la inclusión del crédito en la lista definitiva permite a los acreedores concursales, según vimos, iniciar ejecuciones singulares empleando como título ejecutivo la inclusión de su crédito en el informe definitivo.

2.- El inventario de bienes y derechos, que, como parte integrante del Informe, sí conservaría utilidad para conocer la composición y valoración de la masa a realizar, puede presentarse de forma autónoma, sin necesidad de acompañarlo del resto del Informe, como ya se prevé por le ley para el procedimiento abreviado.

3.- Los bienes se venderán por la vía del art. 43, sin apertura de la liquidación.

4.- Una vez realizados los bienes y satisfechos, por el orden del art. 176 bis.2, los créditos contra la masa, la administración concursal presentará el informe de conclusión del art. 176 bis.3 y se procederá a cerrar el concurso.

Faltando cualquiera de aquellos presupuestos, el concurso deberá seguir por su cauce ordinario. Así, si la insuficiencia se aventura reversible, deviene obligado presentar el informe del art. 75, graduando y cuantificando los créditos concursales, pues es posible que haya masa para proceder a su abono, siquiera parcial; si los bienes, por su número o complejidad, no son fácilmente enajenables en fase común, deberá abrirse la liquidación; y, finalmente, si hay motivos para abrir la sección de calificación o fundamento para acciones rescisorias o de responsabilidad de terceros, deberán iniciarse y esperar a que finalice su tramitación, *“salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa”*.

Por ello decíamos que el tránsito entre la comunicación de insuficiencia y la petición de conclusión puede ser muy breve o muy dilatado.

1.3. ¿Qué relación existe entre la comunicación del art. 176 bis.2 y la conclusión al amparo del art. 176 bis.3?

En ocasiones se viene entendiendo, a mi juicio de forma errónea, que la comunicación de insuficiencia lleva aparejada, sin solución de continuidad, la conclusión del

concurso. Pero ese tránsito, que en la sistemática de la ley parece muy breve, en la realidad puede ser bastante largo.

Sólo cuando la masa liquidable se haya reducido a metálico y se haya repartido lo obtenido deberá la administración concursal presentar el informe del art. 176 bis.3 solicitando la conclusión.

El ap. 1º del art. 176 *bis*, para concluir el concurso por esta causa, exige que la administración concursal razone que no es “*previsible el ejercicio de acción de reintegración, de impugnación o de responsabilidad de terceros ni la calificación del concurso como culpable*”, y si las mismas ya están en tramitación, deberán haber concluido, “*salvo que las correspondientes acciones hubiesen sido objeto de cesión o fuese manifiesto que lo que se obtuviera de ellas no sería suficiente para la satisfacción de los créditos contra la masa*”. Ello nos lleva a estadios avanzados del concurso, pues en una fase muy inicial es difícil que la administración concursal pueda venir en conocimiento de tales circunstancias. Por ello hay que incidir, para evitar confusiones, en que una cosa es la comunicación del art. 176 *bis*.2, que sólo exige el presupuesto fáctico de la insuficiencia, y otra la conclusión, que exige que se hayan realizado los bienes hasta donde sea posible y que no sea previsible la entrada de otros nuevos vía rescisión o calificación. El tránsito entre uno y otro estadio, como decimos, puede ser más o menos rápido, según el número y la naturaleza de los bienes a liquidar o la complejidad de las operaciones de rescisión o susceptibles de calificación que haya que analizar.

1.4. ¿La comunicación del art. 176 bis.2 tiene efectos retroactivos o su eficacia es exclusivamente pro futuro?

Si el mecanismo del art. 176 *bis* puede aplicarse en cualquier fase del concurso, es lógico pensar que antes de la comunicación pueden haberse devengado créditos contra la masa. ¿Les afecta la comunicación o ésta sólo vincula a los créditos que nazcan con posterioridad?

La comunicación simplemente impone un orden de pago a partir de que tiene lugar. Desde ese momento los créditos contra la masa -anteriores o posteriores- habrán de pagarse con arreglo al nuevo orden. Si un crédito contra la masa devengado con anterioridad fue abonado en su integridad antes de la comunicación, no le afecta el precepto, precisamente porque ya no existe crédito contra la masa, por el efecto extintivo del pago. Si el pago fue parcial, en la parte no extinguida ya no registrará el vencimiento y quedará sujeta al orden del art. 176 *bis*.2.

En consecuencia, salvo que la insuficiencia hiera los sentidos, en la corta vida de este concurso se sucederán dos órdenes distintos de pago de los créditos contra la masa: el concurso comenzará rigiéndose por el orden de vencimientos que impone el art. 84.3, que cederá, una vez efectuada la comunicación de insuficiencia, ante el nuevo orden que instaura el art. 176 *bis*.2, que atiende a criterios de ontología del crédito y no cronológicos, y que opera hacia el futuro, sin implicar en modo alguno una reordenación de los pagos ya consumados. Por ello la administración concursal deberá ser especialmente cuidadosa en elegir bien el momento de la comunicación, pues dependiendo del tiempo en que lo haga un concreto crédito contra la masa puede ser abonado o quedar en descubierto.

1.5. ¿Cuándo comienza la obligación de la administración concursal de pagar conforme al orden del art. 176 bis.2?

El art. 176 bis.2 señala que “[t]an pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas”, y, lo que es más importante, que “[d]esde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

1. Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.
2. 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.
3. Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.
4. Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.
5. Los demás créditos contra la masa.”

¿Cuándo comienza la obligación de la administración concursal de pagar los créditos contra la masa en este nuevo orden? La Ley dice “desde ese momento”. ¿Cuál es ese momento?

El precepto nos permite afirmar tres posibilidades: el momento de la insuficiencia, el momento de la comunicación de la administración concursal y el momento de la puesta de manifiesto de la comunicación por el juez del concurso a las partes personadas. La respuesta no es baladí, porque entre uno y otro acontecimiento, en juzgados saturados, puede pasar un espacio de tiempo considerable.

La interpretación literal, en normas de calidad técnica deficiente, no siempre ofrece un resultado adecuado. A mi juicio la opción interpretativa más ajustada al tenor de la ley es que el presupuesto fáctico para aplicar el orden de pagos del art. 176 bis.2 es la simple insuficiencia, pero para que la administración concursal pueda empezar a pagar conforme a ese orden es preciso un presupuesto procesal, la comunicación efectuada por la administración concursal al juez del concurso de tal circunstancia. En ausencia de tal comunicación, no puede la administración concursal, aun cuando concurra el estado de hecho de insuficiencia, alterar el orden de pagos y aplicar el art. 176 bis.2.

Ello no implica que la comunicación de la administración concursal tenga carácter constitutivo. Como decíamos al principio de esta exposición la insuficiencia es un estado de hecho, existe al margen del concurso, con independencia de cuándo comunique su aparición la administración concursal. Pero ese estado de hecho tiene que manifestarse en el concurso y la forma de reflejarse no es otra que la comunicación de la administración concursal. Por ello debe efectuarse sin dilación, tan pronto como acontezca la insuficiencia, con el fin de evitar que el tiempo transcurrido entre una y otra provoque alteraciones en el orden de pagos que conduzcan a una eventual acción de responsabilidad contra la administración concursal.

1.6. ¿Pueden impugnarse los pagos efectuados antes de la comunicación?

Si el pago, por estar ya abierta la fase de liquidación o vigente un régimen de sustitución de facultades al amparo del art. 40, lo ha efectuado la administración concursal, no hay posibilidad de atacar la eficacia de ese pago, ni por la vía de la acción de nulidad del art. 40.7 (concurriría el elemento temporal - acto posterior al concurso- pero no el personal - no hay acto del concursado), ni de la rescisión concursal (aquí faltarían tanto el elemento temporal como el subjetivo).

Si por haber tenido lugar la comunicación en fase común (o de convenio) y conservando la concursada sus facultades de administración y disposición, el pago fue hecho por la concursada, podrá ser impugnado por la vía del art. 40.7 si el acto solutorio se hizo a espaldas de la AC, no en otro caso. Tampoco cabrá, por lo expuesto, la rescisión concursal.

Al acreedor que discrepe sólo le cabrán dos vías: interponer un incidente de crédito contra la masa interesando que el juez declare su mejor derecho y condenando al receptor a devolver lo percibido o instar la responsabilidad de la administración concursal.

El art. 34 LC contiene el reconocimiento legislativo del derecho de la administración concursal a que su retribución sea satisfecha con cargo a la masa. Si releemos el art. 84.2 comprobaremos que en el listado *-numerus clausus-* de créditos contra la masa no figura la retribución de la administración concursal ni existe en todo el articulado de la Ley precepto alguno que aclare cuál es la fecha de vencimiento o de devengo del crédito retributivo de la administración concursal.

1.7. Cuerpo de doctrina del Tribunal Supremo sobre el art. 176 bis.2.

El Tribunal Supremo, a medio de las sentencias de 9, 10 y 11 de Junio de 2015 y 11 y 18 de Marzo de 2016, ha ido creando un cuerpo de doctrina que condensa en la última de las referidas y que puede resumirse en cuatro reglas o líneas directrices:

1.- Las reglas de pago contenidas en el art. 176bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago. Con ello rechazamos nuevamente 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.

2.- Conforme a la propia dicción del art. 176bis.2 LC, la regla del pago a su vencimiento cesa y es sustituida por la del pago conforme al reseñado orden de prelación. 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, que es la queja que subyace al recurso de la TGSS.

3.- Lo anterior no se ve alterado por el hecho de que antes de la comunicación de insuficiencia de la masa activa pudiera haber habido alguna reclamación extrajudicial

del acreedor frente a la administración concursal, reclamando el pago del crédito contra la masa.

4.- Si la declaración de insuficiencia de activo ha sido realizada por la administración concursal como una reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación del crédito contra la masa, en ese caso no podrán oponerse al acreedor demandante los efectos previstos en el art. 176bis.2 LC para la prelación de créditos respecto de los concretos créditos contra la masa reclamados en aquel incidente concursal. Esta excepción vendría justificada –explica el TS- por la necesidad de evitar el abuso que podría suponer, por parte de la administración concursal, no formular la declaración de insuficiencia de activo hasta que un acreedor contra la masa le reclama judicialmente el pago.

1.8. Las amenazas que se yerguen frente a la AC.

1.8.1.No poder cobrar sus honorarios en fase común cuando rige el principio del vencimiento.

Si acudimos al RD 1860/2004 hallamos dos normas a este respecto, el art. 8, que regula los plazos para el abono de la retribución de la fase común, y el art. 10, ubicado en la Sección II, referida a las «fases sucesivas»:

Artículo 8.Plazos para la percepción de la retribución.

Salvo que el juez del concurso establezca otros plazos, la retribución de los administradores concursales correspondiente a la fase común se abonará de la siguiente forma:

a. El 50 % de la retribución se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije.

b. El 50 % restante se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común.

Artículo 10.Plazos para la percepción de la retribución.

Salvo que el juez del concurso establezca otros plazos, la retribución correspondiente a cada mes que transcurra de la fase de convenio o de la fase de liquidación se percibirá a mes vencido, dentro de los cinco primeros días del mes inmediato posterior al vencimiento.

Con semejante sustrato normativo, y haciendo uso parcial de la facultad que dichos preceptos reconocen al juez del concurso («salvo que el juez del concurso establezca otros plazos») el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo ha fijado los siguientes criterios:

a) El crédito titularidad del administrador concursal por la retribución íntegra correspondiente a la fase común del concurso tendrá como fecha de vencimiento, a los solos efectos del art. 84 (antes, 154 LC) el propio día de declaración de concurso (art. 8 del citado Real Decreto 1860/2004, *a sensu contrario*), sin perjuicio de lo que se pueda acordar como importe definitivo en su momento a la vista de lo que resulte de la masa activa y de la masa pasiva así como de los factores de corrección que proceda aplicar.

b) La retribución correspondiente a la fase de convenio o liquidación se devengará mes a mes.

La razón de otorgar distinto tratamiento, a efectos de vencimiento, a la retribución de ambas fases, es conciliar adecuadamente el derecho de la administración concursal a ver retribuido, al menos parcialmente su trabajo, y el derecho de los acreedores a ver satisfechos, siquiera mínimamente, sus créditos, de ahí que sólo se haga uso de la facultad que prevé el art. 8 para la retribución en fase común, entendiéndose con ello que se garantiza que la parte más importante de los derechos económicos de la administración concursal se vea realizada.

Otros criterios:

* Fecha aceptación del cargo: SJM nº 1 de Murcia de 15 de mayo 2015 (JUR 2015, 1590) y *SJM 1 de Palma de Mallorca de 14 de diciembre de 2009*, *SAP Baleares de 25 de noviembre de 2010 (AC 2010, 2356)*, *SAP Jaén de 27 de noviembre de 2013 (JUR 2014, 46081)*, *SJM 1 Málaga de 16 de junio de 2010*, *SJM 7 Vitoria de 27 de mayo de 2013*.

**Aplicación literal referencias temporales del art. 8 del arancel. SAP Pontevedra de 7 de junio de 2012 (AC 2012, 2086)*, *SAP Navarra de 5 de marzo de 2012*, *SAP Álava de 27 de marzo de 2013* y *SAP Murcia de 2 de mayo de 2014 (JUR 2014, 158451)*

Entre las opciones interpretativas posibles el TS acoge la más perjudicial para la AC, sentando que ha de estarse a las fechas de pago (que no de devengo ni vencimiento) para fijar el vencimiento del crédito retributivo por la fase común, salvo que el juez disponga otra cosa, pero sin que en ningún caso pueda antedatarlo.

***SSTS 8-6-2016 (RJ 2016, 2346):**

“SEGUNDO.- Motivo único del recurso de casación. Vencimiento del crédito por honorarios de la administración concursal.

Planteamiento:

1.- La TGSS formula recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892), por existir resoluciones contradictorias de las Audiencias Provinciales, señalando por un lado -en el mismo sentido que la recurrida- la [sentencia de la propia Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Jaén de 24 de julio de 2012 \(JUR 2013, 140609\)](#); y por otro, en sentido contrario, las [sentencias de la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 6 de noviembre de 2009 y 23 de julio y 2 de diciembre de 2010 \(JUR 2011, 127851\)](#).

2.- En el desarrollo del motivo se solicita que se resuelva dicha discrepancia entre las resoluciones judiciales y se determine que los honorarios de la administración concursal deben abonarse a su vencimiento, y no simplemente desde la fecha de aceptación del cargo. Así que, como consecuencia de ello, se ordene el reintegro de las retribuciones indebidamente anticipadas al pago del crédito de la TGSS.

Decisión de la Sala:

1.- El art. 84.3 de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) (en lo sucesivo, LC), y

antes el art. 154.2 de la misma Ley , establece que, salvo los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, el resto de los créditos contra la masa se abonarán a sus respectivos vencimientos. Por tanto, la fecha a tomar en consideración a estos efectos no es la del devengo, sino la del vencimiento.

2.- El art. 34.3 LC establece que «El juez fijará por medio de auto y conforme al arancel la cuantía de la retribución, así como los plazos en que deba ser satisfecha». En desarrollo de dicho precepto, el art. 8 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre (RCL 2004, 1960) , por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales, dice:

«Salvo que el juez del concurso establezca otros plazos, la retribución de los administradores concursales correspondiente a la fase común se abonará de la siguiente forma:

»a) El 50 por ciento de la retribución se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije.

»b) El 50 por ciento restante se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común».

Y el art. 10 de la misma norma dispone:

«Salvo que el juez del concurso establezca otros plazos, la retribución correspondiente a cada mes que transcurra de la fase de convenio o de la fase de liquidación se percibirá a mes vencido, dentro de los cinco primeros días del mes inmediato posterior al vencimiento».

3.- En consecuencia, en ningún caso cabe considerar que la fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a la retribución de la administración concursal sea la de aceptación del cargo, sino que será la de prestación efectiva de los servicios y con los hitos temporales de vencimiento previstos en el mencionado Real Decreto. Es decir, respecto de la primera mitad de los honorarios correspondientes a la fase común, será el quinto día siguiente a la fecha de firmeza del auto de su fijación; y respecto de la segunda mitad, el quinto día siguiente a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común. Y en cuanto a las fases de convenio y liquidación, por meses vencidos, el quinto día posterior a cada mensualidad. Salvo que el juez, por causa justificada y razonada, altere dichas fechas en relación a concretos servicios ya prestados. Nunca respecto de los servicios que estén pendientes de prestación.

4.- La sentencia recurrida se adapta básicamente a dicho criterio, pero no da lugar íntegramente a la pretensión de la parte actora, que sí debe ser atendida en su totalidad, puesto que si ha habido cobros de honorarios en los que se ha aplicado una prelación diferente a la fijada, han de restituirse a la masa las cantidades necesarias para dar debido cumplimiento al orden de prelación legalmente previsto”.

Si a esta postergación del crédito retributivo de la AC le unimos que el TS ha declarado (sentencia de 12 de diciembre de 2014) la imposibilidad de instar la ejecución de créditos contra la masa, salvo en fase de convenio (en la que además ya no rige el principio del vencimiento), es fácil aventurar el destino (o más bien su falta) del crédito retributivo de la AC.

Remedios paliativos: conocer bien los criterios en orden a la fecha de vencimiento de créditos competitivos (letrados y procuradores).

1.8.2. Que la mayor parte de sus honorarios en caso de comunicación de insuficiencia se sitúen en el nº 5 del art. 176 bis y sólo excepcionalmente entre los “créditos imprescindibles para concluir la liquidación”.

***SJM JAÉN 14 JUNIO 2013** (JUR 2016, 72684): son imprescindibles honorarios devengados por AC entre que el juzgado le inste a que proceda conforme al 176 bis.2 hasta la presentación del informe del 176 bis.3, presumiendo que no hay dilación ni mala fe. Resto al nº 4º. Confirmada por SAP JAÉN 19 noviembre 2013 (AC 2014, 298), sin mayor razonamiento.

***SJM 1 BILBAO 19 JUNIO 2013**(AC 2013, 1510): incluye en créditos imprescindibles para concluir la liquidación, todos los devengados en concepto de honorarios durante esa fase (pero sólo durante esa fase, con exclusión de los devengados en convenio y, entiendo, también en fase común).

***SJM 1 SEVILLA 10 MARZO 2014** (JUR 2014, 113950): reconociendo que la insuficiencia puede detectarse en fase común, para diseccionar el concepto de créditos imprescindibles distingue un elemento temporal (posteriores a la comunicación) y otro teleológico (los precisos para realizar los últimos bienes y para enterrar o finiquitar del tráfico a la concursada).

***SJM 1 OVIEDO 11 ABRIL 2016** (JUR 2016, 75092): la comunicación de insuficiencia es un mecanismo procesal vinculado naturalmente a la liquidación, entendida en sentido material (realización de los bienes, ya en fase común, ya en propia fase de liquidación) y no formal (fase de liquidación), pudiendo, incluso, darse en convenio. Se incluyen dentro de créditos imprescindibles los honorarios devengados por AC desde la comunicación hasta el informe del 176 bis.3, por cualquier concepto (no sólo los propiamente liquidatorios).

***SJM 1 SAN SEBASTIÁN 17 JUNIO 2014** (JUR 2014, 287237): hace un repaso casuístico de créditos que juzga imprescindibles, incluye dentro del concepto los devengados por la AC en el periodo entre 176 bis.2 y el 176.bis.3 (pero no aclara si son sólo honorarios liquidatorios o qué pasa si tanto la comunicación como la conclusión tienen lugar sin abrir liquidación). EL resto al nº 4º.

***SAP GUIPÚZCOA 17 JULIO 2014** (JUR 2014, 268146): honorarios de AC en ningún caso imprescindibles, apoyándose en que en caso de insuficiencia sus honorarios están cubiertos por la garantía arancelaria.

***SAP MURCIA 8 ENERO 2016** (AC 2016, 67): considera que la expresión “liquidación” debe ser entendida también en sentido de realización, cualquiera que sea la fase procesal. No obstante, excluye en todo caso los honorarios de AC, ya que el arancel (al ir por fases) no casa bien con el 176 bis.2 y el mecanismo de garantía es la cuenta de garantía arancelaria.

*STS 8-6-2016. AC debe definir vía 188 cuáles son imprescindibles, y el resto al nº 5º.

Remedios paliativos: solicitar la comunicación de insuficiencia tan pronto como sea posible, seguida de una autorización judicial que defina qué honorarios van a ser imprescindibles para concluir la liquidación, acompañando presupuesto. Como consuelo al AC queda que la fijación de los “créditos imprescindibles” va a “morir” en el juez del concurso (que es quien mejor conoce sus vicisitudes, y el más sensible a los planteamientos de la AC), pues la autorización judicial sólo admite recurso de reposición.

1.8.3. Que acreedores incidentantes blinden su crédito a la comunicación de insuficiencia.

Enunciábamos antes, como 4ª conclusión del TS la siguiente: Si la declaración de insuficiencia de activo ha sido realizada por la administración concursal como una reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación del crédito contra la masa, en ese caso no podrán oponerse al acreedor demandante los efectos previstos en el art. 176bis.2 LC para la prelación de créditos respecto de los concretos créditos contra la masa reclamados en aquel incidente concursal. Esta excepción vendría justificada – explica el TS- por la necesidad de evitar el abuso que podría suponer, por parte de la administración concursal, no formular la declaración de insuficiencia de activo hasta que un acreedor contra la masa le reclama judicialmente el pago.

A los pocos días de dictarse la sentencia de 10 de Junio de 2015 ya advertíamos que, de generalizarse la doctrina del TS, que viene a presumir el carácter fraudulento de la comunicación del simple hecho de su proximidad temporal a la sentencia incidental o a la admisión a trámite del incidente, nos encontraríamos que todo acreedor que quiera blindar su crédito contra la masa frente al efecto “tabla rasa” de la comunicación del art. 176 bis.2 procederá, sin duda, a interponer una demanda de incidente concursal para que se proceda al pago, aunque el crédito sea indiscutido (por venir reconocido en el Informe o en los informes trimestrales de liquidación) y, en puridad, el pronunciamiento de condena no vaya a dar lugar a un proceso de ejecución propia (incompatible, salvo en fase de convenio, con la ejecución universal que el concurso comporta, según doctrina del mismo TS). La generalización de este tipo de incidentes, amén de colapsar los juzgados, vaciará de contenido el art. 176 bis.2, que no sólo ya no podrá tener eficacia hacia el pasado (por gozar de escudo incidental los créditos previos) ni tampoco hacia el futuro, pues la escasa masa habrá de atender, primero, esos créditos congelados y, segundo, los imprescindibles para concluir la liquidación.

Además, Esta regla, no contenida en la literalidad de la norma (ni, nos atrevemos a decir, en su espíritu), supone una amenaza para el crédito retributivo de la administración concursal en situaciones de insuficiencia, pues no sólo tendrá que justificar qué parte de sus honorarios son imprescindibles para concluir la liquidación (según la STS 8-6-2016), sino competir para el cobro con créditos contra la masa que gocen de escudo protector incidental.

Los peores augurios que han cumplido, pues los incidentes de créditos contra la masa “indiscutidos” han comenzado a florecer.

Para tratar de moderar, en lo posible, los efectos perniciosos de la doctrina del TS, la SJM nº 1 de Oviedo de 27 de Julio de 2016 dibuja tres escenarios:

“Así como las tres primeras reglas enunciadas por el Alto Tribunal no admiten discusión, por evidentes, la cuarta es difícilmente justificable –más allá del art. 1.6 CC-, pues:

a) No se advierte qué plus de eficacia o fortaleza confiere a un crédito indiscutido –singularmente a un crédito público de forzoso reconocimiento- la interposición de una demanda o el dictado de una sentencia a la que el propio Alto Tribunal priva de toda fuerza ejecutiva (cfr. STS de 12 de Diciembre de 2014);

b) De ser fraudulenta la comunicación no se atisba el por qué conferir un trato privilegiado al acreedor incidentante que al que no incidentó porque no precisaba hacerlo, al ser su crédito pacífico;

c) Tampoco podemos compartir la presunción del animus fraudandi que la Sala predica de la comunicación de insuficiencia por el mero hecho de ser posterior a la notificación de la admisión de trámite de la demanda incidental o de la sentencia. Si la insuficiencia es un estado de hecho que discurre al margen del concurso y ajena a sus avatares procesales, la administración concursal no puede controlar el tempus de su aparición, limitándose su obligación a poner en conocimiento del juez y de los acreedores su advenimiento tan pronto la advierta, a fin de que conozcan tal circunstancia y el nuevo orden de pagos que conlleva.

En suma, debemos distinguir tres escenarios.

Si la comunicación es falsa, por no obedecer a un genuino estado de insuficiencia, no desplegará sus efectos, ni frente al acreedor incidentante ni frente a cualquier otro y aunque los desplegaré, habiendo suficiencia, el resultado sería inocuo.

Si la comunicación es posterior al incidente porque posterior es la aparición de la insuficiencia, no habrá fraude alguno sino, antes al contrario, estricta observancia de la legalidad; cuestión distinta es que, rigiendo todavía el principio del vencimiento y pudiendo abonar el crédito, la administración concursal no lo haya hecho y ahora venga impedida de hacerlo por el nuevo orden; pero ello no puede ir en detrimento del resto de acreedores contra la masa y deberá ventilarse en sede de responsabilidad de la administración concursal.

Y si la comunicación es extemporánea por responder a una insuficiencia previa al incidente, el posible menoscabo en la posición creditoria del demandante no vendrá dado porque se le aplique con eficacia retroactiva el nuevo orden (porque en puridad debería habersele aplicado con anterioridad) sino porque, faltando la comunicación, no ha podido cobrar por el vencimiento asignado lo que en justicia debería haber cobrado por la naturaleza de su crédito; esto sólo acontecerá cuando la gradación del crédito por su naturaleza sea más favorable que la correspondiente al vencimiento; en el caso de la AEAT, en que sus créditos no tienen otra ubicación ex naturae que el nº 5 del art. 176 bis.2 (que en el mejor de los casos sólo pueden ser parcialmente satisfechos, pues de otro modo no habría insuficiencia), el menoscabo sólo podrá consistir, a lo más, en la diferencia entre lo que debería haber cobrado de haberse aplicado en su tiempo el art. 176 bis.2 y lo que cobrará tras su activación

(posiblemente “cero” en ambos casos). De aceptarse ad omnem eventum la tesis del TS se daría la paradoja de que la posición de la AEAT se vería sensiblemente mejorada, pues la resistencia a la comunicación de insuficiencia la atribuye el Alto Tribunal, no a la porción de crédito consistente en la eventual diferencia entre esas dos magnitudes, sino a la totalidad del mismo. No resulta admisible, a nuestro juicio, que la mera interposición de un incidente pueda colocar a la parte actora en mejor condición que la que habría tenido de efectuarse en su tiempo la comunicación.

Asumiendo, por razones de imperium, la doctrina de la Sala, debemos matizar sus efectos, de suerte que el escudo incidental sólo habrá de desplegar su efecto protector cuando en un incidente ad hoc se acredite o pueda presumirse fundadamente que la comunicación del art. 176 bis.2 – de existir en un futuro- tiene carácter fraudulento por venir principal o exclusivamente dirigida a enervar el blindaje incidental, de suerte que si la misma es posterior a la demanda o, incluso, a la sentencia, porque también posterior es la aparición de la insuficiencia, nada podremos reprochar a la administración concursal y ninguna consecuencia podrá seguirse de la estricta observancia de la norma; y si la insuficiencia es previa al incidente, la resistencia al art. 176 bis.2 sólo podrá predicarse de aquella porción de crédito que se haya visto alterada por el décalage entre la aparición de la insuficiencia y su efectiva comunicación.

Así las cosas, procede la parcial estimación de este incidente, carente de actual objeto porque no puede emanar de él otro pronunciamiento que la retórica condena – no ejecutable- al pago de créditos contra la masa en los propios términos que la propia ley dispone. El efecto “blindaje” de este pronunciamiento queda doblemente condicionado: primero, a que exista insuficiencia y tenga lugar la comunicación del art. 176 bis.2; y, segundo, a que en un ulterior incidente se declare su carácter fraudulento in concreto (con respecto al crédito del incidentante y sólo en la medida en que se haya visto defraudada su expectativa de cobro, no más). Esta carencia de objeto –inicial, no sobrevinida, que es la que contempla el art. 22 LEC- debería haber conllevado la inadmisión a trámite del incidente por falta de acción, procediendo su obligada tramitación al único fin de respetar la doctrina jurisprudencial y no privar al acreedor demandante de la posibilidad de hallar cobijo en la misma.”

2. LA RENDICIÓN DE CUENTAS

Alfonso Muñoz Paredes.

Magistrado.

La rendición de cuentas, como accesorio de la solicitud de conclusión de concurso, aparece regulada en el art. 181. El precepto, como tantos de la Ley Concursal, es francamente mejorable y sus deficiencias han convertido lo que debía ser un mero epílogo del concurso en una suerte de censura general de la función de la administración concursal. Procede, por tanto, que determinemos, primero, cuál ha de ser su contenido para, a su vista, decidir qué extremos pueden ser objeto de impugnación.

2.1. ¿Cuál ha de ser el contenido del informe de rendición de cuentas?

Comenzando por el contenido, el art. 181, pese a la generalidad de sus términos, nos proporciona unas líneas directrices, a saber:

- a. La rendición de cuentas ha de ser «completa»;
- b. Ha de justificar cumplidamente la utilización que la administración concursal haya hecho de las facultades de administración conferidas;
- c. Informará del resultado y saldo final de las operaciones realizadas.

La STS, Sala 1.^a, de 22 de junio de 2015 (RJ 2015, 3289) expresa que *«[e]ste deber de rendir cuentas constituye una manifestación de la exigencia que el ordenamiento jurídico impone a cualquier persona que gestione intereses ajenos»; con él «culmina el deber de la administración de informar sobre el cumplimiento de su cargo (art. 35 LC), como órgano concursal».*

Sobre estas bases, legislativas y jurisprudenciales, ha de construir la administración concursal su informe. Sin otro ánimo que orientar en esta labor, ofrecemos una interpretación *de minimis* de lo que dice el legislador y el Alto Tribunal, siempre sin perder de vista que un caudal excesivo de datos abruma más que informa.

La administración concursal ha de informar de las actuaciones llevadas a cabo desde su aceptación hasta la emisión del informe, sin incurrir en una reiteración innecesaria de datos que ya obran en el informe provisional y definitivo o en los sucesivos trimestrales de liquidación, a los que basta remitirse, recordando, simplemente, los hitos principales.

La justificación «cumplida» de las facultades de administración conferidas, propia de quien gestiona intereses ajenos, ha de incidir en aquellos aspectos más relevantes a estos efectos: fecha de la toma de posesión, fecha del acta de intervención, solicitud de cese de actividad; tramitación de EREs; contratos resueltos y saldo liquidatorio de los mismos; ventas de bienes en fase común, resumen de las ventas en liquidación (pues su detalle ya se contiene en los informes trimestrales), resultado de procedimientos extra concursales, acciones rescisorias entabladas y resultado final de las mismas, actuaciones promovidas para la ejecución de una eventual sentencia de calificación, fecha de la comunicación de insuficiencia del art. 176 *bis*, etc.

El resultado final de las operaciones ha de limitarse a indicar lo obtenido tras la realización de los bienes (bien de forma aislada o unitaria) y los pagos realizados, con indicación del acreedor favorecido, clasificación crediticia, listado completo de los créditos contra la masa devengados, abonados (especificando, en cada uno de ellos, si lo ha sido por el principio del vencimiento, si se ha hecho uso de la facultad de postergación o si se ha procedido a su pago por el orden del art. 176 *bis*.2) y pendientes de pago, detallando aquellos que se han considerado imprescindibles para concluir la liquidación; la administración concursal deberá indicar, asimismo, los cobros efectuados en concepto de honorarios.

Se trata, en definitiva, de que una lectura del informe de rendición de cuentas proporcione una visión general del concurso.

2.2. Objeto de la impugnación

El carácter potencialmente omnicomprendivo de la rendición de cuentas, unido a que el legislador imponga la preceptiva acumulación del incidente de oposición a la mera solicitud de conclusión y el relativo a la impugnación de la rendición de cuentas (*cf.* art. 181.3 *in fine*), han provocado que el trámite de impugnación se haya transformado en una masa amorfa, en la que se entremezclan, de forma desordenada, argumentos acerca de la clasificación y reconocimiento de los créditos concursales, la composición de la masa activa, el reconocimiento y pago de créditos contra la masa e, incluso, la responsabilidad de la administración concursal.

Partiendo de que la rendición de cuentas no es un «ajuste de cuentas» a la administración concursal (en expresión gráfica tomada de la SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 19 de mayo de 2011 [JUR 2011, 293645]), vamos a tratar de delimitar, negativamente, el ámbito de la impugnación.

2.2.1 El incidente de oposición a la rendición de cuentas no ha de entrar a valorar la responsabilidad de la administración concursal

El art. 181.4 aclara que la aprobación o desaprobación de las cuentas no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad contra los administradores concursales, luego el juez del concurso no debe pronunciarse sobre el particular (vid. SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 17 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 275538], SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 25 de junio de 2015 [PROV 2015, 216682]), sin perjuicio de que los hechos que se declaren probados deban ser tenidos en cuenta en sede del art. 36 LC.

2.2.2. Las causas de oposición a la conclusión quedan fuera del ámbito de impugnación de la rendición de cuentas

Por razones de economía procesal el art. 181.3 impone la acumulación de los incidentes de oposición a la rendición de cuentas y a la conclusión del concurso. Empero, el objeto de este último debe quedar referido a la concurrencia de los presupuestos del art. 176 y 176 *bis*; sentado esto, no procede que la oposición a la rendición de cuentas trate de revisar si hay o no insuficiencia de masa o se ha agotado la liquidación o, en fin, si hay acciones de reintegración o de responsabilidad de terceros pendientes de ejercitar.

2.2.3. La oposición a la rendición de cuentas no es cauce para el reconocimiento de nuevos créditos contra la masa ni para discrepar de pagos incluidos en los informes trimestrales, pero sí del criterio seguido para su abono

En el capítulo 7 hemos profundizado en los medios de tutela de los créditos contra la masa y los diversos vehículos para su reconocimiento. Decíamos entonces, reiteramos ahora, que el titular de un crédito contra la masa no soporta la carga de comunicar su existencia en los términos del art. 85 LC, pero ello no implica que pueda despreocuparse de las vicisitudes y devenir procesal del concurso, pesando sobre él la diligencia de incidentar de forma temporánea si el crédito no le es reconocido; si bien el art. 84.4 no fija plazo preclusivo para la discusión acerca de los créditos contra la masa, resulta contrario a la buena fe procesal y a la propia seguridad jurídica tratar de plantear en sede de rendición de cuentas pretensiones que podían haberse hecho valer a la vista de la relación separada del art. 94.5 o de los informes trimestrales de liquidación (SAP

de Valencia, Sección 9.^a, de 20 de febrero de 2012 [JUR 2012, 163889], SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 17 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 30481].

En el incidente de oposición sí podrá, en cambio, discutirse si el criterio seguido por la administración concursal para su abono es el adecuado, ya por una evidente infracción del orden de vencimientos, ya por una indebida postergación del crédito, ya por existir discrepancia en cuanto al momento de aparición de la insuficiencia del art. 176 *bis*.2. No debemos perder de vista, en todo caso, que el límite de cognición del juez del concurso vendrá condicionado por la prohibición de la indefensión: el incidente de oposición tiene dos partes bien definidas, el impugnante y la administración concursal, sin que proceda emplazar al resto de titulares de créditos contra la masa, de modo que aspectos particulares que puedan incidir en los derechos de éstos deberán quedar automáticamente excluidos del incidente.

2.2.4. La censura de la rendición de cuentas no habilita a exhumar cuestiones ya precluidas

Tampoco es la rendición de cuentas o, mejor, su impugnación, una segunda oportunidad para suscitar discrepancias sobre la composición del inventario o la lista de acreedores o sobre el modo de realización de los activos, que debieron articularse por la vía de los arts. 96 y 148, respectivamente (SAP de Madrid, Sección 28.^a, de 15 de abril de 2011 [AC 2011, 1959], SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 14 de noviembre de 2014 [JUR 2015, 64355]).

2.3. Consecuencias de la desaprobación de cuentas

2.3.1. ¿Puede obligarse a la administración concursal a reordenar los pagos? ¿Se formula una nueva rendición una vez subsanados los defectos?

Sin duda el aspecto más polémico de la oposición de la rendición de cuentas es si el juez puede acordar una reordenación de los pagos. La STS, Sala 1.^a, de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 3289) ha dejado claro que pretensiones subsidiarias como las relativas a la reordenación de los pagos efectuados o las reclamaciones a terceros a quienes se les abonó indebidamente su crédito «*no están previstas en el art. 181.4 LC. En todo caso se tratará de actuaciones que deberá llevar a cabo la administración concursal, si procede, en la nueva rendición de cuentas.*» En suma, por más que el juez llegue a la convicción de que hay una alteración del orden de pagos de créditos contra la masa (o de otra naturaleza, si fuere el caso), el fallo debe contraerse a la aprobación o desaprobación de las cuentas. De apreciarse una infracción en el pago de créditos prededucibles, el juez así lo hará constar en su fundamentación jurídica, desaprobando las cuentas, sin perjuicio de que ello conduzca a la administración concursal, si quiere evitar una nueva censura, a subsanar las deficiencias apreciadas. Los pagos ya efectuados a terceros no podrán ser removidos sino a través del oportuno incidente en el que sea parte aquel cuyo legítimo cobro se discute. El incidente del art. 181.4, en definitiva, tiene un carácter meramente declarativo y, a salvo la sanción de inhabilitación, no puede incluir pronunciamientos de condena más allá de la retórica admonición a que se deshaga lo mal hecho.

2.3.2. ¿Puede moderarse o excluirse la inhabilitación?

La desaprobación de las cuentas comportará, a tenor del art. 181.4, la inhabilitación de

la administración concursal para nuevos nombramientos durante un período, a determinar por el juez, de seis meses a dos años. La STS, Sala 1.^a, de 22 de julio de 2015 (RJ 2015, 3289) se refiere a la inhabilitación como «expresa y obligada condena», hasta el punto de que, en caso de no haberse solicitado por el impugnante, exige su imposición en su grado mínimo. No obstante, la jurisprudencia menor ha modulado la imperatividad de la norma, admitiendo que la sanción queda excluida en aquellos casos en que la discrepancia sea meramente jurídica (“con sustento jurídico bastante», precisa la SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 17 de septiembre de 2015 [JUR 2015, 275538]) o de escasa entidad (SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 7 de diciembre de 2015 [JUR 2016, 30481]; SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 5 de marzo de 2007 [JUR 2007, 273898], entre varias; SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 23 de julio de 2010 [AC 2010, 1644]; SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 13 de febrero de 2012 [AC 2012, 672]).

La STS de 6 de abril de 2017 reserva la inhabilitación para los casos de irregularidades relevantes.