

## Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 33/2013 de 11 Feb. 2013, Rec. 1994/2010

**Ponente: Sancho Gargallo, Ignacio.**  
**Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado**

**LA LEY 18181/2013**

ECLI: ES:TS:2013:1142

**Sentencia confirmada**

**Casuismo relevante**

PROCEDIMIENTO CONCURSAL. Demanda incidental formulada por el procurador del acreedor instante del concurso de Fórum Filatélico, solicitando el reconocimiento de un crédito contra la masa por derechos y suplidos. Estimación parcial. Interpretación del art. 84.2.2.º LC: alcance del crédito contra la masa por costas y gastos judiciales ocasionados por la solicitud y declaración de concurso. En los casos como el de autos en que el instante del concurso es un acreedor, propiamente sólo habrá un crédito por costas frente al deudor concursado cuando haya existido condena en costas, como consecuencia de la desestimación de la oposición del deudor a la declaración de concurso. Solo en tal caso, es decir, si el crédito deriva de la condena en costas al deudor concursado, para el cálculo de los derechos del procurador operará necesariamente el arancel. Cuando no haya habido condena en costas al concursado, la retribución de los servicios del procurador del instante del concurso se puede fijar sin sujeción a arancel, y cuando sea posible su reclamación como crédito contra la masa, caso de controversia, el juez puede fijar la cantidad que estime justificada en atención a los servicios prestados y a los gastos que la solicitud y declaración de concurso le hubieren deparado al procurador.

*El Juzgado de lo Mercantil estimó parcialmente la demanda incidental y declaró que el procurador demandante ostentaba un crédito contra la masa de 45.066,28 euros derivado de su intervención en la solicitud y declaración del concurso. La AP Madrid revocó en parte la sentencia del Juzgado y fijó el importe de dicho crédito en la cantidad de 4.250,58 euros. El Tribunal Supremo desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por el demandante.*

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil trece.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid.

El recurso fue interpuesto por Belarmino , que actúa en su propio nombre.

Es parte recurrida los Administradores Concursales de Forum Filatélico S.A.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Tramitación en primera instancia**

**1.** El procurador Belarmino , que actúa en su propio nombre, interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid, contra la entidad mercantil concursada Forum Filatélico S.A. y su Administración Concursal, para que se dictase sentencia:

*"por la que se condene a los demandados al pago inmediato de la suma reclamada y sus correspondientes intereses con condena en costas en caso de oposición."*

**2.** La Administración Concursal de la entidad Forum Filatélico, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado que dictase sentencia:

*"estimando parcialmente la demanda, es decir, fijando los derechos del Procurador D. Belarmino en 82.659 euros más IVA."*

**3.** El Abogado del Estado, en representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (que se personó como coadyuvante de la administración concursal), contestó a la demanda y pidió al Juzgado:

*"tenga a la AEAT por comparecida en el presente incidente concursal como coadyuvante de la parte demandada, por contestada la demanda y la desestime."*

**4.** El Juez de lo Mercantil núm. 7 de Madrid dictó Sentencia con fecha 16 de noviembre de 2009 , con la siguiente parte dispositiva:

*"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda incidental interpuesta por el Procurador Sr. Belarmino en nombre y representación de D. Belarmino frente a la administración concursal de Forum Filatélico, S.A. sobre reclamación de crédito contra la masa, debo declarar y declaro que el demandante ostenta un crédito de 45.066,28 euros que debe calificarse como crédito contra la masa, derivado de su intervención en la solicitud y declaración del concurso del que dimana el presente incidente. Dicha cantidad deberá ser abonada de modo inmediato y será incrementada con el IVA correspondiente y se le aplicarán las retenciones tributarias que procedan a cuenta del IRPF. No se hace expresa condena en costas."*

### **Tramitación en segunda instancia**

**5.** La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Belarmino y la representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante Sentencia de 16 de julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"FALLO: 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Belarmino , en su propio nombre y representación, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid con fecha 16 de noviembre de 2009 . en el incidente concursal nº 337/09.*

*2.- Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre y representación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid con fecha 16 de noviembre de 2009 , en el incidente concursal nº 337/09 y, en consecuencia, se revoca parcialmente la sentencia en el sentido de fijar el importe del crédito contra la masa que ostenta el demandante como consecuencia de su intervención en la solicitud y declaración del concurso del que dimanar las presentes actuaciones en la cantidad de cuatro mil doscientos cincuenta euros con cincuenta y ocho céntimos (4.250,58 euros), en lugar de la suma de 45.066,28 euros, manteniendo los demás pronunciamientos de la resolución apelada.*

*3.- Imponer a la parte actora las costas ocasionadas en el recurso de apelación interpuesto por dicha parte.*

*4.- No efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales ocasionadas con el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria."*

## **Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación**

**6.** El procurador Belarmino , en su propio nombre, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

*"1º) Infracción de los arts. 18 , 19 , 20 y 21 del Real Decreto 1/2006 de 13 de enero que modifica el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, adaptándolo a la Ley Concursal (sic).*

*2º) Inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar una norma que lleva menos de cinco años en vigor."*

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

*"1º) Infracción de los artículos 218 y 222.4 de la LEC .*

*2º) Infracción del art. 218 de la LEC en relación con los arts. 394 y 398 de la LEC .*

*3º) Infracción de los arts. 218 de la LEC en relación con el art. 11.3 de la LOPJ."*

**7.** Por Diligencia de Ordenación de 11 de noviembre de 2010, la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación mencionados, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

**8.** Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente Belarmino , que actúa en su propio nombre; y como parte recurrida los Administradores Concursales de Forum Filatélico S.A.

**9.** Esta Sala dictó Auto de fecha 24 de mayo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Belarmino contra la Sentencia dictada, en fecha 16 de julio de 2010, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimo octava), en el rollo nº 228/2010 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 337/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid."*

**10.** Dado traslado, los Administradores Concursales de Forum Filatélico, S.A., presentó escrito de oposición a los recursos formulados de contrario.

**11.** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo** ,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Resumen de antecedentes**

**1.** Según ha quedado acreditado en la instancia, el concurso de acreedores de Forum Filatélico, S.A. fue declarado a instancia de una de sus acreedoras, Zaida . Esta solicitud fue presentada el día 12 de mayo de 2006 y admitida a trámite el día 18 de mayo de 2006. El concurso se declaró el día 22 de junio de 2006, sin que hubiera existido oposición por parte de la deudora, quien había solicitado antes su propio concurso, pero esta solicitud no fue admitida por un defecto de legitimación. En cualquier caso, la petición de concurso vino precedida por la orden de intervención judicial acordada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional.

La fase común del concurso concluyó el día 25 de junio de 2008, veinticuatro meses después de su declaración.

El procurador del instante del concurso de acreedores de Forum Filatélico, S.A. solicitó el

reconocimiento de un crédito contra la masa por derechos y suplidos de 8.350.862,36 euros, porque, a su juicio, es la cantidad que resulta de aplicar los aranceles de los procuradores en vigor (RD 1373/2003, de 7 de noviembre, y RD 1/2006, de 13 de enero), conforme al siguiente detalle:

i) Derechos arancelarios sobre la base del pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores que asciende a 3.756.364.742,58 euros: 10.322.126,52 euros, de los que el 50% corresponde a la sección 1ª (5.161.063,26 euros) y el 10% a cada una de las secciones 2ª, 3ª y 4ª (1.032.212,65 euros cada una de ellas), lo que suma un total de 8.257.701,21 euros.

ii) Suplidos: 2.250,58 euros

iii) Artículo 82. Disposiciones generales: 1.700 euros, más 100 euros (aceptos).

iv) Artículo 85. Obtención y autorización de copias: 6.451,04 euros.

Este detalle sumaba 8.268.202,83 euros, que con el IVA y la aplicación de la retención del IRPF, daba lugar a la cantidad de 8.350.6862,36 euros, que el procurador reclamaba como crédito contra la masa.

**2.** La administración concursal entendió que tan sólo cabía reconocer como crédito contra la masa las costas correspondientes a la solicitud y declaración del concurso, que se corresponderían con el 1% de lo solicitado, esto es 82.659 euros más IVA.

Por su parte, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) se opuso porque entendió que el crédito contra la masa debía limitarse a los gastos y costas directamente relacionadas con la solicitud y declaración de concurso, que estarían incluidos en los derechos correspondientes a la sección 1ª, siempre y cuando hubieran sido necesarios para tal declaración. Argumenta la AEAT que como no puede distinguirse qué actuaciones habían sido necesarias para la declaración de concurso y cuáles no lo habían sido, no debía reconocerse al procurador crédito alguno contra la masa.

**3.** El Juez del concurso, al resolver el incidente, parte de las siguientes consideraciones previas: i) los derechos y suplidos del procurador deben calcularse, en principio, de acuerdo con las reglas contenidas en el Arancel de procuradores en vigor que es el contenido en el RD 373/2003, de 7 de noviembre, que fue actualizado al concurso de acreedores por RD 1/2006, de 13 de enero; ii) en la aplicación del arancel cabe una moderación, en atención a la proporcionalidad y adecuación de los gastos judiciales a la finalidad del concurso; y iii) la consideración de crédito contra la masa respecto de los gastos judiciales causados al instante del concurso, tan sólo se refieren a los necesarios para la solicitud y declaración del concurso, pero no a los generados por el desarrollo del procedimiento concursal ( art. 84.2.2º LC ).

A continuación, el juez del concurso toma por referencia el arancel de los administradores, que viene referido no sólo al pasivo, como en el caso de los procuradores, sino también al activo, y advierte que coinciden en tener escalas similares, siendo también muy similares las retribuciones fijas, pero se diferencian de forma muy desproporcionada cuando se aplica el diferencial único de los procuradores, que lleva a que de forma absurda e injustificada, a la vista de la complejidad de las labores retribuidas, le pudiera corresponder una retribución mayor al procurador que al administrador del concurso. Para paliar esta diferencia absurda, el juez parte de la cantidad fija que resulta hasta la última escala, correspondiente a un pasivo de 601.012,10 euros (2.115,56 euros), y respecto del resto hasta el total del pasivo (3.756.364.742,58 euros), sustituye el tipo marginal del arancel de los procuradores (0,27%), por el tipo marginal del arancel de los administradores concursales (0,057%). Según esto, la suma total que le correspondería al procurador sería un total de 2.142.900,88 euros. Pero de esta cantidad, que correspondería al procurador por la totalidad del concurso, el juez trata de determinar que parte, de forma estimativa, puede corresponder a la solicitud y declaración de concurso de acreedores, que es lo único que puede reclamarse a la masa del concurso conforme al art. 84.2.2º LC . Para ello, entiende que de la cifra correspondiente a la totalidad del concurso, el art.

20 del Reglamento asigna la mitad (1.070.392,66 euros), a la fase común. Y como la fase común tuvo una duración de 25 meses, entiende que la suma correspondiente a la solicitud y declaración de concurso sería equivalente a la de un mes (42.815,70 euros). A esta última cantidad le suma 2.250,58 euros por suplidos, que nadie discute, y cifra el importe que el procurador del instante tiene derecho a reclamar como crédito contra la masa por la solicitud y declaración del concurso en la cantidad de 45.066,28 euros.

**4.** La sentencia del juez mercantil fue recurrida en apelación tanto por el procurador instante del incidente como por la AEAT. El procurador instante del incidente en su recurso de apelación reduce el importe de lo reclamado a los derechos que corresponderían por su intervención en la sección 1ª (5.161.063,26 euros), más los suplidos y demás partidas hasta 10.501,52 euros, que sumados a la anterior cuantía harían un total de 5.171.562,88 euros más IVA. En su recurso de apelación, la AEAT reproduce los motivos de su oposición.

La Audiencia, al resolver el recurso del procurador, rechaza la alegación de que el arancel de procuradores debía necesariamente haber sido aplicado de forma automática, sin moderación alguna. La sentencia de apelación confirma el criterio del juzgado que reconoce únicamente como crédito contra la masa los derechos y suplidos generados por la solicitud y declaración de concurso, que no coinciden con los que corresponderían por la sección 1ª, pues en esta se incluyen actuaciones que exceden de la solicitud y declaración de concurso. Y de ahí concluye la Audiencia que la no aplicación automática del arancel no es una decisión arbitraria, sino que era la única posible. Además, insiste en que el tribunal tiene facultad de moderar los derechos de los procuradores por su intervención dentro del concurso, como de hecho hizo en el caso del procurador de la concursada en su Sentencia de 15 de marzo de 2010 (rollo 426/09 ).

La sentencia de apelación tiene en cuenta que el RD 373/03, de 7 de noviembre, ha sido modificado por la disposición adicional única del RDL 5/2010, de 31 de marzo, al establecer con carácter general que la cuantía global por derechos devengados por un procurador en un mismo asunto, actuación o proceso, no podrá exceder de 300.000 euros, salvo que el juez lo autorice y lo justifique con el objeto de remunerar justa y adecuadamente los servicios profesionales realizados por el procurador de manera extraordinaria. Esta norma, advierte la Audiencia, resulta de aplicación a todas las actuaciones o procedimientos en tramitación a su entrada en vigor (1 de abril de 2010), incluidas las cantidades devengadas por actuaciones anteriores cuya liquidación no fuere firme, como es el caso. De este modo, si por todo el concurso, el procurador tendría derecho a 300.000 euros, el 50% correspondería a la sección 1ª.

Pero, a continuación, al resolver el recurso de apelación de AEAT, la sentencia de apelación recuerda que el art. 84.2.2º LC atribuye la consideración de créditos contra la masa a las costas y gastos judiciales ocasionados con la solicitud y la declaración de concurso sin requerir que sean necesarios o imprescindibles para tal declaración. Y, en relación con la impugnación a la cuantificación de la sentencia de primera instancia, la Audiencia entiende que no cabía identificar la sección 1ª con la fase común. Añade que, como el arancel no determina los derechos del procurador por la solicitud y la declaración de concurso, resulta inaplicable, razón por la cual debe acudir a la valoración de los trabajos realmente realizados por el procurador. Estos trabajos, según entiende probado, se han limitado a presentar la solicitud de concurso, realizar diversas notificaciones y presentar, para su publicación en dos diarios y en el BOE, los edictos que anuncian la declaración de concurso. La remuneración de estos trabajos, a juicio del tribunal de apelación, no debía exceder de 2.000 euros. A esta cantidad suma 2.250,58 euros, por suplidos. Por lo que la cuantía total por derechos y suplidos del procurador instante del concurso sería de 4.250,58 euros.

Frente a esta sentencia de apelación, el demandante interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

## Primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

**5. Formulación del motivo** . En el encabezamiento del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se afirma que "se plantea por infracción de los arts. 218 y 222.4 LEC ". Ni en el encabezamiento ni en el desarrollo del motivo se hace mención alguna al motivo al amparo del cual se formula el recurso.

En el desarrollo del motivo, se justifica la infracción de los arts. 218 y 222.4 LEC , porque el procedimiento concursal es único y, en un incidente concursal anterior por Auto de 29 de febrero de 2008, la Audiencia había sentado ya el criterio de que el arancel de los administradores concursales es de aplicación automática. El recurso entiende que existía un efecto de cosa juzgada en sentido positivo de este Auto de 29 de febrero de 2008, respecto de la sentencia que ahora es objeto de recurso.

En atención a los preceptos que se denuncian han sido infringidos por la sentencia recurrida, debemos entender que el motivo se ampara en el ordinal 2º del art. 469.1 LEC : " *Infracción de las normas reguladoras de la sentencia* ".

**6. Desestimación del motivo** . El motivo debe desestimarse porque no se cumplen los presupuestos legales contenidos en el apartado 4 del art. 222 LEC , para que podamos advertir el efecto pretendido de cosa juzgada en sentido positivo del Auto de 29 de febrero de 2008 respecto del presente pleito. No se cumplen estos presupuestos, porque esta resolución no es una sentencia firme que hubiera puesto fin a un proceso; tampoco lo resuelto en ella es un antecedente lógico de lo que se resuelve en el incidente concursal en el que se ha dictado la sentencia recurrida, pues, entre otras razones, se juzgaba sobre la aplicación del arancel de los administradores concursales y no sobre el arancel de los procuradores, aunque fueran todos ellos del mismo concurso; y los litigantes en ambos procesos no fueron los mismos.

## Segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

**7. Formulación del motivo** . El segundo motivo, que "se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC , por incumplimiento del deber de congruencia ( art. 218 LEC en relación con los arts. 394 y 398 LEC )", afecta tan sólo al pronunciamiento de las costas correspondientes al recurso de apelación del demandante, que, al ser desestimado, se le impusieron en aplicación del art. 398.1 LEC . A través de este motivo, el recurrente pretende que se revise la imposición de costas y no se aplique el criterio del vencimiento objetivo, en atención a que existían serias dudas de derecho.

**8. Desestimación del motivo** . Procede desestimar el motivo porque, propiamente, no se cuestiona la congruencia de la sentencia sino la valoración del tribunal de instancia de la procedencia de imponer las costas por la desestimación del recurso, aplicando el criterio del vencimiento objetivo previsto en el art. 398.1 LEC , sin advertir que existían serias dudas de derecho que justificarían la no imposición de costas.

Con carácter general, "la congruencia a que se refiere el artículo 218 LEC -que, en su modalidad llamada omisiva tiene trascendencia constitucional, por entrañar una infracción del artículo 120.3 CE y también una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el artículo 24.1 CE - exige que la sentencia resuelva todas las cuestiones debatidas en el proceso, dando a cada una de ellas la respuesta suficientemente razonada o motivada que sea procedente" ( Sentencia 972/2011, 10 de enero de 2012 , con cita de las anteriores Sentencias 176/2011, de 14 de marzo y 581/2011, de 20 de julio ). De este modo, la congruencia de la sentencia exige una adecuación entre lo resuelto -parte dispositiva- y el objeto del proceso, que se determina atendiendo a los sujetos, el *petitum* y la *causa petendi* . Por lo que el debate sobre la congruencia de la sentencia recurrida y la procedencia de entrar a resolver sobre lo que según el recurso debía haberse resuelto, gira en torno a la determinación de las pretensiones de las partes que conforman el objeto del proceso.

Nada de esto se cuestiona en este segundo motivo de infracción procesal, pues la cuestión relativa a si estaba o no justificado aplicar el criterio del vencimiento objetivo o si debían no imponerse las costas por existir serias dudas de derecho es algo ajeno a la exigencia de congruencia de la sentencia judicial.

### **Tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal**

**9. Formulación del motivo .** El tercer motivo del recurso de infracción procesal denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia, con cita del art. 218 LEC en relación con el art. 11.3 LOPJ . Aunque tampoco hace mención del motivo legal del art. 469.1 LEC en el que se ampara, debería ubicarse en el número 2º del art. 469.1 LEC .

El pronunciamiento que se afirma ha sido omitido por la sentencia recurrida, como también lo fue por la sentencia de primera instancia, es el que daría respuesta a la petición de que "se requiera a la administración concursal para que provise la cantidad adeudada de 8.350.862,36 euros".

**10. Desestimación del motivo .** Procede desestimar este tercer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal porque lo que se solicitó era una pretensión esgrimida en el primer otro sí, que al no solicitarse formalmente como una medida cautelar, era una actuación propia de la ejecución, que precisa del pronunciamiento firme, sin perjuicio del derecho que le asistía al demandante de pedir una ejecución provisional respecto de las cantidades que le fueron reconocidas.

### **Planteamiento del recurso de casación**

**11.** El recurso de casación formalmente se basa en dos motivos: el primero denuncia la infracción de los arts. 18 , 19 , 20 y 21 del RD 1373/03, de 7 de noviembre , modificado por el RD 1/2006, de 13 de enero, porque la sentencia recurrida calcula los derechos del procurador sin aplicar el arancel contenido en dichas normas; el segundo motivo se basa, según expresa literalmente su formulación, en la "inexistencia de jurisprudencia del Tribunal Supremo al aplicar una norma que lleva menos de cinco años de vigor". Realmente sólo existe un motivo, el primero, ya que el segundo no es propiamente un motivo sino una justificación de que existe interés casacional.

La normativa que se denuncia infringida (los arts. 18, 19, 20 y 21 del arancel de procuradores) lo habría sido por falta de aplicación, en concreto el art. 19 que regula los derechos del procurador instante del concurso. Si se parte del pasivo determinado en la lista de acreedores, como determina el art. 18, y se aplica a esta cifra la escala prevista en el art. 19, la suma que por derechos le corresponderían al procurador sería 10.322.126,52 euros. Esta cifra se fracciona por secciones del concurso de acreedores, de tal forma que a la sección 1ª le corresponde el 50%, esto es: 5.161.063,26 euros.

El recurso denuncia que la sentencia recurrida no aplica el arancel y que, además, equipara indebidamente los derechos de los procuradores y de los administradores concursales. Luego argumenta que no existía razón para dejar de aplicar el arancel, pues el Real Decreto que lo regula no contradice ni la ley ni la Constitución. La aplicación de esta normativa deriva de lo previsto en la disposición final 5ª de la Ley Concursal , cuando dispone la aplicación subsidiaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este caso, resultaría de aplicación el art. 242.4 LEC , según el cual " se regularán con sujeción a los aranceles los derechos que correspondan a los funcionarios, procuradores y profesionales que a ellos estén sujetos ". Según el recurso, la Audiencia no podía dejar de aplicar el arancel para calcular los derechos del procurador.

Procede desestimar el recurso por las razones que exponemos a continuación.

### **Interpretación del art. 84.2.2º LC**

**12.** En el presente incidente, el procurador demandante pretende que se le reconozca un crédito contra la masa por los suplidos y derechos que, a su juicio, le corresponden como procurador del

instante del concurso necesario.

Para que un crédito contra un deudor concursado tenga la consideración de crédito contra la masa es necesario que pueda merecer esta consideración de acuerdo con la regulación contenida en el apartado 2 del art. 84 LC .

Esta categoría de créditos, que no se ven afectados por las soluciones concursales, tienen en la práctica una preferencia de cobro respecto del resto de los créditos concursales, pues deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos ( art. 154 LC ). Desde esta perspectiva es lógico que, como argumentábamos en la Sentencia 720/2012, de 4 de diciembre , "la enumeración de créditos contra la masa se interprete de forma restrictiva, porque, en la medida que gozan de la reseñada "preferencia de cobro", merman en la práctica las posibilidades de cobro de los créditos concursales, en función de los cuales y para cuya satisfacción se abrió el concurso. De este modo, resulta de aplicación la mención que la exposición de motivos de la Ley Concursal hacía al carácter restrictivo de los privilegios y preferencias de cobro: "(s) e considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas " .

El art. 84.2.2º LC , en la redacción aplicable al caso, anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, disponía que tenían la consideración de créditos contra la masa "(l)os de costas y gastos judiciales ocasionados para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes...". La redacción actual, tras la reseñada reforma, remarca el carácter excepcional de estos créditos, al sustituir la mención "ocasionados" por "necesarios". Con lo que se ahonda en la idea de cargar a la masa del concurso tan sólo las costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso.

De este modo, no todos los derechos y suplidos del procurador instante del concurso generados con ocasión del concurso de acreedores tienen la consideración de créditos contra la masa, sino sólo aquellos generados necesariamente por la solicitud y declaración del concurso.

**13.** Por otra parte, en los casos como el presente en que el instante del concurso es un acreedor, propiamente sólo habrá un crédito por costas frente al deudor concursado cuando haya existido condena en costas, como consecuencia de la desestimación de la oposición del deudor a la declaración de concurso ( arts. 18 y ss. LC ). La inclusión de este crédito entre los que merecen la consideración de "créditos contra la masa" ( art. 84.2.2º LC ) es un reflejo de la regla contenida en el art. 20.1 LC para el caso en que se desestime la oposición del deudor y se declare el concurso de acreedores: «(...) las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa ». Por contra, en los casos en que no haya existido oposición del deudor a la declaración de concurso necesario, el art. 18.1 LC dispone que «(...) el juez dictará auto declarando el concurso de acreedores », sin que exista propiamente condena en costas.

En el caso de concurso voluntario, a instancia del propio deudor, tampoco habrá ningún crédito contra el deudor por costas derivadas de la solicitud y declaración de concurso, porque no habrá existido condena en costas, sino un crédito del procurador por los derechos y suplidos, que a los efectos del art. 84.2.2º LC tendrán la consideración de gastos necesarios para la solicitud y declaración de concurso, en la medida en que es preceptiva la intervención de procurador para solicitar el concurso de acreedores y su cuantificación sera razonable y proporcionada con la onerosidad de los servicios prestados. Este mismo tratamiento merece el crédito del procurador por los servicios prestados y por los gastos soportados con ocasión de la solicitud de un concurso necesario cuando no hay oposición y por lo tanto la declaración de concurso no contiene condena en costas. Este crédito puede considerarse como un gasto generado por la solicitud y declaración de

concurso, y por lo tanto puede imputarse a la masa, sin perjuicio de que para su determinación no se aplique el arancel, por no tratarse propiamente de costas.

### **Aplicación del arancel en caso de existir un crédito por costas**

**14.** La anterior distinción tiene gran relevancia, pues sólo en los casos en que el crédito sea por costas ocasionadas con la solicitud y declaración de concurso, impuestas al deudor concursado que se hubiera opuesto a la declaración de concurso, para su cálculo debe acudir necesariamente al arancel del procurador, por la remisión que la disposición final 5ª de la Ley Concursal hace, "(e) *no previsto en esta Ley (...)*", a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en concreto a los arts. 241 y ss. El apartado 4 del art. 242 LEC prevé que los derechos que correspondan a los procuradores se regulan por arancel.

El arancel de los procuradores se regula por el por el RD 1373/2003, de 7 de noviembre, que fue modificado para adaptarlo a la Ley Concursal por el RD 1/2006, de 13 de enero. Los arts. 18 y ss. contienen las normas específicas para la determinación de los derechos generados en el concurso de acreedores: i) el art. 19 establece una escala para el cálculo de los derechos del procurador instante del concurso; ii) para aplicarla, se ha de partir, como base reguladora, del pasivo de la lista de acreedores (art. 18); iii) la cantidad resultante se corresponde con los derechos generados por todo el procedimiento concursal, de tal forma que el art. 20 establece su distribución entre secciones, correspondiendo a la sección 1ª el 50%.

Pero las anteriores reglas se han visto afectadas por el Decreto Ley 5/2010, de 31 de marzo, cuya disposición adicional única modificó el arancel de procuradores con dos previsiones: i) Según el apartado primero, "*la cuantía global por derechos devengados por un procurador de los Tribunales en un mismo asunto, actuación o proceso no podrá exceder de 300.000 euros*"; ii) el segundo apartado dispone que en los procedimientos concursales la base reguladora de los derechos devengados sea el 60% del pasivo fijado en la lista de acreedores presentada por la administración concursal, que podrá elevarse al 70% cuando el número de acreedores sea superior a 300. El apartado 3 de esta disposición adicional única expresamente prevé que las reglas establecidas en los apartados anteriores sean de aplicación no sólo a todas las actuaciones o procedimientos en tramitación a la entrada en vigor de este Decreto Ley, sino también a "*las cantidades devengadas por actuaciones anteriores que no se hayan liquidado con carácter firme*".

**15.** Ahora bien, el crédito contra la masa alcanza tan sólo a los derechos y suplidos ocasionados por la solicitud y declaración de concurso, pero no respecto del resto de actuaciones dentro del concurso de acreedores. El arancel permite calcular los derechos correspondientes por la totalidad del proceso concursal y también por cada fase. En concreto, para la sección 1ª, que es la principal e incluye la solicitud y declaración de concurso ( art. 183.1º LC ), el art. 20 prevé el 50% de los derechos generados por todo el procedimiento concursal. El procurador no puede pretender este 50%, pues incluye derechos por actuaciones que no tiene derecho a cobrar con cargo a la masa. De ahí que, ineludiblemente, en caso de controversia, el tribunal de instancia debe realizar un cálculo estimativo y atribuir a los derechos por la solicitud y declaración de concurso, una parte proporcional de lo que correspondería por toda la sección 1ª.

### **Retribución de los servicios del procurador cuando no existe condena en costas**

**16.** En los casos en que no exista una condena en costas, y por lo tanto no opere el art. 242.4 LEC , para el cálculo del coste de los servicios del procurador instante del concurso, siempre que éste tenga derecho a exigirlo al deudor (como ocurre en el caso del procurador que insta el concurso voluntario), no resultará de aplicación necesariamente el arancel previsto en la normativa citada.

Este criterio que rige claramente en el ámbito concursal, aparece ahora en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que incorporó la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a

los servicios en el mercado interior, cuyo art. 11.1.g ) expresamente dispone que: " *la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o de su ejercicio no deberá supeditar dicho acceso o su ejercicio a restricciones a la libertad de precios, tales como tarifas mínimas o máximas, o limitaciones a los descuentos* ".

De este modo, la retribución de los servicios del procurador instante del concurso, cuando no haya habido condena en costas al concursado, se puede fijar sin sujeción a arancel; y, cuando sea posible su reclamación como crédito contra la masa, caso de controversia, el juez puede fijar la cantidad que estime justificada en atención a los servicios prestados y a los gastos que la solicitud y declaración le hubieren deparado al procurador.

**17.** A la vista de lo argumentado hasta ahora, en el presente caso, el procurador instante del concurso no tendría, propiamente ningún crédito contra la masa por costas ocasionadas con la solicitud y declaración de concurso, porque la deudora concursada no se opuso a la declaración y, por tanto, no existió condena en costas. Esto es, la declaración de concurso no habría generado ningún crédito por costas a favor del instante, a pagar con cargo a la masa, sin perjuicio de que los gastos necesarios para la solicitud y declaración del concurso puedan cargarse a la masa ( art. 84.2.º LC ). Estos gastos necesarios incluirán no solo los suplidos, sino también la retribución de los servicios del procurador, cuya determinación y cálculo no estarán vinculados por el arancel.

En consecuencia, el tribunal podía valorar los servicios prestados y los gastos en que incurrió el procurador y fijar la retribución que estimara más justificada en atención a la real onerosidad del trabajo realizado. Bajo este contexto, no se discuten los gastos o suplidos (2.250,58 euros), sino sólo los derechos generados por los servicios prestados para la solicitud y declaración de concurso. El tribunal valoró estos servicios, su complejidad y el tiempo que necesariamente debían ocupar, y los fijó en 2.000 euros. No podemos revisar esta valoración realizada en la instancia, máxime cuando el recurso basa su oposición en que se había dejado de aplicar el arancel, que consideraba era de aplicación necesaria.

### **Costas**

**18.** Desestimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas generadas por cada uno de sus recursos ( art. 398.1 LEC ).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Belarmino contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28ª) de 16 de julio de 2010 (rollo de apelación 228/2010 ), que resolvía los recursos de apelación formulados frente a la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid de 16 de noviembre de 2009 (incidente concursal 337/2009), e imponemos las costas generadas por ambos recursos a la parte recurrente.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos, con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Juan Antonio Xiol Rios.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

