

En Madrid, a veintisiete de julio de dos mil nueve..

El Sr. D. SANTIAGO SENENT MARTINEZ, MAGISTRADO-JUEZ de lo Mercantil 7 de Madrid y su Partido, habiendo visto los presentes autos de incidente concursal n.º 699/2008 dimanante del concurso n.º 209/2006 seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante D. Ernesto con Procurador Sr. Rodríguez Nogueira y de otra como demandado/a la administración concursal y Forum Filatélico, S.A. como coadyuvante de la misma la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Fue turnada a este Juzgado demanda incidental sobre reclamación de crédito frente a la masa presentada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y representación del mismo por la cantidad que entiende le corresponde como derechos por su actuación como procurador de la concursada, contra la Administración concursal y Forum Filatélico, S.A. en la que tras exponer los antecedentes de hecho y fundamentos jurídicos que en las misma constan solicitaba que se dictara sentencia conforme a sus pedimentos, con expresada condena en costas al demandado.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó emplazar a los demandados, quienes en plazo legal se personaron en debida forma y presentó contestación, oponiéndose a las peticiones de la demanda conforme a la relación de hechos y fundamentos expuestos en su escrito. Se personó como coadyuvante de la Administración concursal la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

TERCERO.- Se acordó convocar a las partes a la correspondiente vista la cual se celebró el día fijado y en la que comparecieron ambas partes, ratificándose en el escrito de demanda la parte actora; por la parte demandada se opuso a la demanda por los fundamentos que constan en autos. Resueltas las cuestiones de índole procesal que pudieran impedir la prosecución del proceso y fijados por las partes los hechos sobre los que se sustentan las pretensiones, ante la falta de conformidad se recibió el pleito a prueba.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, se propusieron y practicaron aquellas que fueron admitidas y declaradas pertinentes, con el resultado que obra en autos, con todo lo cual quedaron los presentes autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de las presentes actuaciones se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia por razón del trabajo acumulado que pesa sobre este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone demanda incidental de reclamación de cantidad, por la existencia de crédito frente a la masa, en reclamación de la cantidad que en concepto de derechos del procurador de la concursada corresponde al demandante, cantidad que

cifra, según el arancel de los procuradores de fecha 7 de noviembre de 2.003, modificado por RD. 1/2006 de 13 de enero, en 2.581.393 euros, sin incluir los incidentes, respecto de los que ha presentado otra demanda, así como 288,84 euros de suplidos. Por su parte la administración concursal y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria se oponen a la citada pretensión. Consideran que la cantidad es excesiva y que no cabe una aplicación automática del arancel que debe ser acomodado a una situación excepcional como es el concurso del que dimana el presente incidente.

SEGUNDO.- A la hora de abordar la cuestión a que se refiere el presente incidente deben tenerse en cuenta dos aspectos, no discutidos, sobre los que se basa la pretensión del demandante: Primero, el demandante es el procurador de la concursada; segundo, los gastos de representación de la concursada durante todo el procedimiento concursal y sus incidentes constituyen un crédito frente a la masa, según reza el artículo 84.2.2 de la Ley concursal. Lo que se discute en el presente procedimiento es cual debe ser el importe de esos honorarios, sobre todo si se tiene en cuenta que la cantidad que resulta de aplicar el arancel de los procuradores es la de 2.581.393 euros, que por no ser la concursada la instante del concurso constituye el 25%, de los derechos que corresponderían por la totalidad del concurso.

Los derechos que deben percibir los procuradores por su intervención en los procedimientos judiciales viene fijado por un arancel aprobado por RD 1373/2003 de 7 de noviembre. Para adaptar las cantidades al procedimiento concursal se dictó el RD 1/2006, de 13 de enero. Las cantidades que puede cobrar un procurador no son, en principio, libremente fijadas, sino determinadas por un arancel que, como normal legal es de aplicación obligatoria, si bien al tratarse de una norma reglamentaria, podrá inaplicarse por los tribunales, tal y como dispone el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si fuera su contenido contrario a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

El arancel de los procuradores establece los derechos que tienen derecho a percibir por su intervención en los concursos en el artículo 19, que establece una escala para la que sirve de base, según el artículo 18 del arancel, el pasivo que resulte de la lista definitiva de acreedores presentada por la administración concursal. En el presente concurso el pasivo es de 3.756.364.742,58 euros.

El artículo 19 fija los derechos en función de una escala integrada por siete tramos siendo el primero hasta 12.020,24 euros y el último hasta 601.012,10 euros. Hasta este tramo el procurador tiene derecho a 2.115,56 euros. A partir de ahí le corresponden 16,52 euros por cada 6.010,12 euros o fracción que exceda de los 601.012,10. La aplicación pura y simple del arancel, en el modo en que lo hace el demandante, lleva a la cantidad que reclama.

TERCERO.- La cuestión relativa al monto de los gastos de justicia del concurso ha sido un tema que siempre ha preocupado al legislador pues, según el artículo 84.2.2 de la Ley concursal, todos los gastos necesarios para la solicitud y declaración del concurso, los honorarios de la administración concursal y los gastos de representación y defensa de la concursada, entre otros, son créditos contra la masa y tienen la consideración de gastos prededucibles. No se someten, por tanto a la ley del dividendo, ni al principio de la par conditio creditorum. Al contrario, al entender que son gastos

que benefician a los acreedores en su conjunto, el legislador ha querido que, de algún modo, sean asumidos por éstos, que ven como sus expectativas de cobro se ven reducidas proporcionalmente por el importe de esos gastos. Precisamente por ello, porque gravan al acreedor, hay que ser especialmente escrupuloso a la hora de fijar las cuantías que por estos gastos deben reconocerse. Ya al inicio de la vigencia de la Ley concursal se redactó una norma específica que regulaba los honorarios de los administradores concursales a través del RD 1860/2004 de 6 de septiembre que aprueba el arancel de derechos de los administradores concursales, de acuerdo con las previsiones del artículo 34 de la Ley Concursal. Por otra parte, el legislador ha incidido en este punto a través de la reforma operada por el RD Ley 3/2009 de 27 de marzo y ha suprimido, entre otros gastos, la inserción obligatoria del auto de declaración de concurso en los diarios, limitándola al Boletín Oficial del Estado y con carácter gratuito. También ha vuelto a incidir en la retribución de los administradores concursales, dando rango legal en el artículo 34 de la Ley concursal, a principios como el de exclusividad, limitación, identidad o efectividad, algunos de los cuales ya se contemplaban en el arancel. Sorprende, sin embargo, que el legislador no se haya preocupado de regular expresamente los derechos y honorarios que pueden percibir otros profesionales que intervienen de modo obligatorio en el concurso, pues respecto de los procuradores la reforma del arancel llevada a cabo por RD 1/2006, no pasó de ser una mera adaptación del sistema vigente para las quiebras y suspensiones al sistema concursal, duplicando en tres años los derechos aplicables, con resultados, como se verá desproporcionados en concursos de gran magnitud y, en cuanto a los abogados solo existen unas normas orientadoras.

En esta línea, debe traerse a colación el auto de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 29 de febrero de 2.008, que resolvió el recurso contra el auto que fijaba la retribución de los administradores concursales del concurso del que dimana el presente incidente. En dicha resolución, en relación a la fijación de las retribuciones variables previstas en el arancel, se afirmaba que "... Para ello podrá barajar criterios de equidad, que entraña la posibilidad de realizar moderaciones según exigencias del sentido natural de justicia, que no ha de perderse de vista a la hora de aplicar las normas (artículo 3.1 del C Civil). Lo cual permitirá al juzgador tomar en consideración datos como la cuantía (por elevada o, por contra, por exigua) de las retribuciones base sobre las que se vayan a aplicar los porcentajes correctores (para evitar que se disparen los resultados o, por el contrario, se queden demasiado cortos), el grado real de dificultad que se entrevea para el desempeño de su misión, entre otras razones en función de la colaboración que de los interesados puedan estar recibiendo los administradores concursales, y también la afectación o sacrificio que podría conllevar para las perspectivas de satisfacción de los acreedores, que es el fin último del proceso concursal, el señalamiento de retribuciones demasiado altas si se aplica el límite máximo previsto para el porcentaje corrector..."

Por tanto, la moderación, la proporcionalidad y la adecuación de los gastos de justicia a la finalidad del proceso concursal, a los principio que se derivan de su normativa específica y a las exigencias derivadas del mismo, son criterios que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, deben estar presentes a la hora de aplicar las normas que fijan la retribución de los profesionales que intervienen en el concurso. No debe olvidarse que quien tiene que pagar esos gastos, al fin y al cabo es el acreedor, ni ha elegido al profesional interviniente, ni se involucra voluntariamente en el proceso concursal, sin embargo, a pesar de que en muchos casos sus expectativas de cobro son

nulas o drásticamente reducidos sus créditos, tiene que afrontar, siquiera indirectamente, cuantiosos gastos.

CUARTO.- Como veíamos, el arancel de los procuradores establece los derechos que tienen derecho a percibir por su intervención en los concursos en el artículo 19, que establece una escala para la que sirve de base, según el artículo 18 del arancel, el pasivo que resulte de la lista definitiva de acreedores presentada por la administración concursal. El criterio tiene en cuenta el interés económico del asunto que tiene por objeto el pago ordenado de los créditos a los acreedores. Sin embargo, llama la atención lo exiguo de la escala del arancel, pues termina, al igual que la tabla general del artículo 1, en 601.012,10 euros, sin que la norma tenga en cuenta que los concursos suelen ser de cuantía muy superior y en algunos casos de cifras elevadísimas, como es el caso que nos ocupa, cuyo pasivo es de 3.756.364.742,58 euros. A partir de ese importe le corresponden 16,52 euros por cada 6.010,12 euros o fracción que exceda de los 601.012,10 euros. Esta cuantía también es superior a la que resulta de la tabla general del artículo 1 que aplica una cantidad de 11,24 euros, sin que aparezca justificación alguna para tal distinción. La aplicación del arancel supone que, con arreglo al pasivo, al procurador demandante le corresponderían 2.581.393 euros, comoquiera que no fue el solicitante del concurso esa cantidad es, de acuerdo con el artículo 21.1 del arancel, el 25% de los derechos que corresponderían al solicitante, que alcanzaría la extraordinaria cifra de 10.325.572 euros, de ese modo el procurador sería el profesional que más cobraría del concurso, por encima de los administradores concursales y de los letrados, cuando lo normal es que las retribuciones de estos sean superiores. Es evidente que la aplicación automática del arancel en concurso con gran pasivo conduce a un resultado desproporcionado que choca frontalmente con los criterios de moderación que impone la Ley concursal.

El agravio comparativo con otros profesionales que también cobran por arancel, como son los administradores concursales, lleva forzosamente a comparar las retribuciones de unos y otros para intentar esclarecer porqué existe esa diferencia y si tiene algún fundamento.

Para calcular los honorarios de los administradores concursales se tiene en cuenta tanto el activo como el pasivo del concurso. La razón es lógica, los administradores concursales realizan labores no solo de defensa jurídica, sino de gestión y administración de la concursada. Pero para comparar los derechos de administradores concursales y procuradores hay que partir de elementos homogéneos, en este caso el pasivo. Tanto el arancel de procuradores, como el de administradores concursales contemplan la retribución en base al pasivo con un sistema de escalas. En el caso de los procuradores la escala llega hasta 601.012,10 euros. Hasta este tramo el procurador tiene derecho a 2.115,56 euros. A partir de ahí le corresponden 16,52 euros por cada 6.010,12 euros o fracción que exceda de los 601.012,10. En cambio el arancel de los administradores concursales establece tramos que van hasta los 1000.000.000 de euros. El arancel de los procuradores establece una cantidad fija a partir del fin de la escala de 16,52 euros, que supone un diferencial fijo de 0,27%. Por el contrario, el arancel de los administradores concursales desde los 500.000 euros establece siete tramos aplicando a cada uno tipos distintos que van del 0,20% al 0,003%. Los tipos que se aplican a los administradores concursales son siempre inferiores a los del procurador, sin que haya una razón lógica.

Si comparamos las retribuciones fijas de unos y otros vemos que las diferencias no son tan grandes. Así el procurador por un concurso con pasivo de 601.012,10 euros percibe 2.115,56 euros. El administrador concursal de un concurso con pasivo de 500.000 euros recibe por ese concepto 1.500 euros y si es de 1.000.000 de euros 2.500 euros. Las cifras son similares. Es cuando se aplica el diferencial único de los procuradores cuando surgen las espectaculares diferencias.

Este Juzgador valora la importancia y la calidad del trabajo que todos y cada uno de los profesionales realizan en el concurso y entre ellos como no el del procurador, eso es algo que no debe discutirse, ni cuestionarse en este procedimiento. Pero también es cierto que el trabajo que se lleva a cabo en el concurso por la administración concursal es más complejo y de mayor responsabilidad que el del procurador, por lo que no es descabellado que el patrón que se tenga en cuenta para fijar las retribuciones de otros profesionales sea el de los administradores concursales y que nadie cobre en el concurso más que lo que cobra un administrador concursal.

Como se ha visto la aplicación del diferencial del 0,27% sobre todo el pasivo que exceda de 601.012,10 euros es lo que permite al procurador fijar sus honorarios en el importe que reclama. Pero existe una diferencia grandísima entre ese tipo y el que se aplica por el mismo concepto a los administradores concursales, sin que haya razón que justifique ese trato distinto. Parece razonable sustituir el tipo marginal del arancel de los procuradores por el tipo medio que resulta de aplicar los tipos marginales del arancel de los administradores concursales y que resultaría ser del 0,057%. Aplicando ese tipo del 0,057% al procurador le correspondería por el resto sobre 601.012,10 euros, que es de 3.755.763.731 euros la cantidad de 2.140.785,32 euros a la que habría que sumar 2.115,56 euros, que corresponden con la parte fija hasta los 601.012,10 euros. La suma total es de 2.142.900,88 euros. Esta cifra aún es excesiva, por lo que sería conveniente una reforma legal que regulara específicamente los derechos de los procuradores en los concursos de gran cuantía estableciendo una cifra máxima, en línea con lo previsto en el artículo 34 de la Ley concursal para los administradores concursales.

Al procurador demandante, que lo es de la concursada, pero no fue el instante del concurso, le corresponden 535.735,25 euros, por aplicación del porcentaje, también poco justificado, del 25% previsto en el artículo 21.1 del arancel, respecto a la cantidad que correspondería al solicitante.

Aunque limitado, el RD. 1373/2003 permite una moderación en más y en menos de un 12% de las cuantías que resulten del arancel, corrección de la que no debe hacerse uso en el presente caso, ya que el procurador demandante ya ha visto reducido el importe de su minuta como consecuencia del porcentaje previsto en el artículo 21.1 del arancel, por lo que no procede una mayor reducción y porque, en cuanto al incremento, la mayor complejidad del concurso deriva, fundamentalmente, en el caso del procurador, de la intervención en numerosos incidentes, reclamación que el demandante se ha reservado para ejercitar en otro incidente.

Ahora bien, según el artículo 20 del arancel, esa cantidad lo es por la totalidad del concurso, correspondiendo el 50% a la sección primera, que debe identificarse con la fase común que es la única que está concluida. La correspondiente a las demás secciones, que no están concluidas todavía no se ha devengado, por lo que deberá esperar para su percepción a ese momento. En consecuencia la cantidad que puede

percibir en este momento el demandante con cargo a la masa es la de 267.867,62 euros, a la que debe sumirse el suplido que acredita por gastos de CDS de 288,84 euros.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 196 de la Ley Concursal y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dada la estimación parcial de la demanda no se hace expresa condena en costas.

VISTOS Los preceptos legales y demás concordantes de general y pertinente aplicación al presente caso, en virtud de la Potestad conferida por la Constitución de la Nación Española y en nombre de Su Majestad el Rey de España.

F A L L O

Que estimando parcialmente la demanda incidental interpuesta por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira en nombre y representación de D. Ernesto frente a la administración concursal y Forum Filatélico, S.A. debo declarar y declaro que el demandante D. Ernesto es titular de dos créditos contra la masa derivados de su actuación como procurador de la concursada y suplidos por importe de 535.735,25 euros y 288,84 euros respectivamente, que se incrementará con el IVA correspondiente y a la que se practicarán las retenciones oportunas en el momento de su abono. Del primer crédito el 50% que asciende a 267.867,62 euros, así como la totalidad del importe del segundo crédito, tiene derecho a percibirlos de modo inmediato. El 50% restante del primer crédito correspondiente las secciones 2ª a 6ª del concurso, a razón de 53.573,52 euros por cada una de ellas, se hará efectivo a la conclusión de cada una de las secciones.

No se hace expresa condena en costas.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación que se preparará en el plazo de cinco días desde su notificación.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.

Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Madrid.