



Roj: SAP BA 1235/2014 - ECLI:ES:APBA:2014:1235  
Id Cendoj: 06015370022014100328  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Badajoz  
Sección: 2  
Nº de Recurso: 474/2014  
Nº de Resolución: 313/2014  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2**

**BADAJOZ**

**SENTENCIA: 00313/2014**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2 de BADAJOZ**

1280A0

AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

-

Tfno.: 924284238-924284241 Fax: 924284275

N.I.G. 06015 37 1 2014 0204014

**ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000474 /2014**

**Juzgado de procedencia:** JUZ.DE LO MERCANTIL Nº 1 BADAJOZ de BADAJOZ

**Procedimiento de origen:** SECCION V LIQUIDACION 0000111 /2010

Recurrente: Carlos Antonio , ADM. CONCURSAL

Procurador: LUIS VELA ALVAREZ

Abogado: ABEL LÓPEZ CORCHERO

Recurrido: TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL T.G.S.S.

Procurador:

Abogado:

**SENTENCIA Nº 313/2014**

Magistrados Ilmos. Sres:

Don Isidoro Sánchez Ugena

Don Luis Romualdo Hernández Díaz Ambrona.

Don. Juan Manuel Cabrera López.

En la ciudad de Badajoz, a treinta de diciembre de 2014.

Vistos, en grado de apelación, ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos en que se impugna la sentencia de 4 de abril de 2014 dictada en el incidente concursal sobre reintegro a la masa del concurso ordinario 111/2010, proveniente del Juzgado de lo Mercantil de Badajoz , a los que ha correspondido el rollo **474/2014**, en el que aparece como partes apelantes don Carlos Antonio , representado por el procurador don Luis Vela Álvarez y asistido por sí mismo dada su condición de letrado, y la Administración concursal de "Cotemar Extremadura, SL", que ha comparecido representada y defendida

por su administradora doña Ascension ; y como apelada la "Tesorería General de la Seguridad Social", que ha comparecido representada y defendida por la abogada doña Carmen de Celis Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Por el Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, con fecha 4 de abril de 2014, se dictó sentencia , cuya parte dispositiva, una vez aclarada, dice así:

*"Que debo estimar y estimo parcialmente la solicitud formulada por la letrada de la Administración General de la Seguridad Social, frente a la Administración concursal de "Cotemar Extremadura, SL", acordando la devolución a la masa de lo percibido por la administración concursal como honorarios, así como el 65% de lo percibido por el letrado de la concursada, por ser tales créditos masa de vencimiento posterior al referido por la Seguridad Social, representando ello un importe total de 15.107,50 euros y, todo ello, sin imposición de costas".*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia, se interpusieron sendos recursos de apelación por don Carlos Antonio y por la Administración concursal y, una vez admitidos, se dio traslado de los mismos a la "Tesorería General de la Seguridad Social", que se opuso.

**TERCERO.** Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente rollo de Sala y se personaron las partes. Por providencia de 26 de noviembre de 2014, se señaló fecha para la deliberación, votación y fallo del recurso, que tuvo lugar el pasado 3 de diciembre.

Ha sido ponente el magistrado don Luis Romualdo Hernández Díaz Ambrona.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de antecedentes.

Como se desprende de la resolución impugnada y de las actuaciones, constan los siguientes:

- a) Don Carlos Antonio es letrado de "Cotemar Extremadura, SL" y en su día instó su concurso.
- b) El Juzgado de lo Mercantil de Badajoz, por auto de 11 de junio de 2010 , declaró en concurso a "Cotemar Extremadura, SL", nombrándose como administradora a doña Ascension .
- c) Don Carlos Antonio , por la asistencia prestada a "Cotemar Extremadura, SL", ha facturado las siguientes cantidades: primero, 9.050 euros más IVA por la preparación y presentación del concurso; y segundo, 7.131,91 euros más IVA por la formalización de un expediente de regulación de empleo.
- d) Por auto de 24 de enero de 2011 el Juzgado fijó la retribución de la Administración concursal en la fase común en 4.500 euros y en los plazos siguientes: el 50% dentro de los cinco días siguientes a la declaración de firmeza del propio auto; y el otro 50% dentro de los cinco días siguientes al momento de la firmeza de la resolución que pudiese fin a la fase común.
- e) El 18 de enero de 2011 el Juzgado dictó auto poniendo fin a la fase común.
- f) El 16 de febrero de 2011 se abrió la fase de liquidación. En esta fase, los honorarios de la Administración concursal ascendieron a 4.725 euros, devengados del siguiente modo: 450 euros mensuales durante los primeros seis meses y 225 euros por mes otros nueve meses, hasta mayo de 2012.
- g) Como créditos contra la masa, por cuotas de seguridad social, la "Tesorería General de la Seguridad Social" tenía a su favor 16.076,12 euros. Dicho montante correspondía a cotizaciones vencidas entre el 31 de julio y el 30 de septiembre de 2010.
- h) La Administración concursal, en relación a los honorarios de la administradora, ha pagado los de la fase común y los de la liquidación hasta el mes de mayo de 2012. También ha abonado determinada cantidad al letrado de la concursada.

**SEGUNDO .** Recurso de don Carlos Antonio : pretendida nulidad de actuaciones.

El recurrente alega indefensión porque no se le ha dado traslado de una demanda incidental sobre una declaración de pagos indebidos de créditos contra la masa, entre los que se incluían sus honorarios ya cobrados. Don Carlos Antonio denuncia que la sentencia le afecta de forma directa y que, sin embargo, no ha tenido ocasión de defenderse.

Este motivo no puede acogerse.

Como es sabido, artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la nulidad de actuaciones solo procede cuando a los defectos de forma en los actos procesales se anude la ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión. El Tribunal Constitucional, en numerosas ocasiones, se ha pronunciado sobre quejas de indefensión producidas por la defectuosa realización de los actos de comunicación procesal y, en particular, sobre la diligencia de emplazamiento, viniendo a consolidar una detallada doctrina al respecto, doctrina que es preciso recordar aquí en sus principales rasgos. En síntesis, ha reiterado la gran relevancia que posee la correcta constitución de la relación jurídica procesal para garantizar el derecho de defensa reconocido en el artículo 24 de la Constitución , que implica la posibilidad de un juicio contradictorio en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos. De ahí la especial trascendencia de los actos de comunicación del órgano judicial con las partes, en particular del emplazamiento a quien ha de ser o puede ser parte en el procedimiento, pues en tal caso el acto de comunicación es el necesario instrumento que facilita la defensa en el proceso de los derechos e intereses cuestionados ( sentencia 16/1989, de 30 de enero ), de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental.

Esto es así. Ahora bien, la nulidad no es un remedio plausible cuando la situación de incomunicación es imputable a la propia conducta del afectado, bien por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso, o bien por haber tenido conocimiento por otros medios distintos de su existencia ( sentencia 268/2000, de 13 de noviembre ). Es justo el caso.

Sí, don Carlos Antonio no puede propugnar la nulidad de un procedimiento que nunca le fue extraño. En su condición de letrado de la empresa concursada estuvo al corriente del incidente no solo en su episodio final, la sentencia, sino en su antesala, la presentación de la demanda incidental. La providencia de 14 de febrero de 2014, además de admitir a trámite el incidente, ordenó emplazar a "Cotemar Extremadura, SL" (folio 57 de los autos). Emplazamiento que tuvo lugar el 14 de febrero de 2014 (folio 60). Quiere ello decir que don Carlos Antonio , como abogado de "Cotemar Extremadura, SL", sí estuvo al tanto de la pretensión de la "Tesorería General de la Seguridad Social". Sin embargo, no contestó a la demanda ni en nombre de "Cotemar Extremadura, SL", ni en el suyo propio. Nada extraño, por otra parte, porque la demanda no se dirigía directamente contra él, entre otras cosas porque la petición de condena se contraía solo a la Administración concursal. Pero, ciertamente, no se puede negar, siendo controvertidos el cobro de sus honorarios, aunque él no fuera parte originaria, sí podía pasar por sujeto interesado en los términos del artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . De hecho, se ha personado en los autos y, siquiera tácitamente, al admitirse su recurso de apelación, ha sido aceptado por el Juzgado de lo Mercantil como interviniente voluntario. El interés directo y legítimo que ahora invoca bien lo pudo esgrimir con anterioridad, al inicio del procedimiento, pues, como se ha dicho, estaba al corriente del incidente. Siendo así y conforme al mencionado artículo 13, no cabe retrotraer las actuaciones y, ello, insistimos, porque su emplazamiento personal estaba fuera de lugar al no pedirse su condena por la "Tesorería General de la Seguridad Social".

**TERCERO.** Segundo motivo de don Carlos Antonio : incongruencia.

Don Carlos Antonio afirma que existe incongruencia ultra petita y extra petita, pues únicamente se ha solicitado la declaración como indebidos de los pagos percibidos por la Administración concursal. Don Carlos Antonio niega que la "Tesorería General de la Seguridad Social" haya pedido nada sobre los honorarios del letrado de la concursada. Y del mismo modo, sostiene que, en la demanda, no se pide su condena al reintegro.

Este motivo debe ser acogido en parte.

El artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que las sentencias han de ser congruentes con las demandas y demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito. Este deber de congruencia consiste en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso. Tal conformidad existe cuando la relación entre el fallo y las pretensiones procesales no está sustancialmente alterada en su configuración lógico-jurídica. La labor de contraste o comparación no requiere que se realice de modo estricto, esto es, que se constate una exactitud literal o rígida en la resolución establecida, sino que se faculta para que se decida sobre el mismo objeto, coincidiendo o denegándolo en todo o en parte. Hay incongruencia cuando el juez se aparta de alguno de los elementos que comprenden y delimitan ese objeto litigioso determinado por las "pretensiones", esa concreta acción afirmada en la demanda que se identifica por los sujetos, el "petitum" y la "causa petendi" (por todas, sentencia del Tribunal Supremo 577/2014, de 21 de octubre ).

Empezando por la denuncia de haber dado cosa no pedida (extra petita), decir que la "Tesorería General de la Seguridad Social" sí pidió que se declararan indebidos los pagos de honorarios del letrado de la concursada. El escrito de demanda es inequívoco, la alusión a los honorarios del letrado de la concursada son constantes. Véanse el encabezamiento, el hecho segundo, el hecho cuarto y el fundamento jurídico quinto. Y la petición se recoge también en el suplico, solo que hay una simple y manifiesta errata. En ese suplico se distinguen dos conceptos y es evidente que el segundo va referido a los honorarios del letrado de la concursada. Ello no admite duda, pues, de lo contrario, no existiría tal desglose de conceptos. La petición, además, sin errata alguna, viene reproducida en el encabezamiento de la demanda. De ahí que el Juzgado de lo Mercantil no se haya extralimitado al pronunciarse sobre los cobros de don Carlos Antonio .

En cuanto a la incongruencia por dar más de lo pedido, hay que dar la razón al recurrente. En la demanda, la "Tesorería General de la Seguridad Social" solicitaba dos cosas: primero, que se declarara indebido el pago de determinados créditos contra la masa; y segundo, que se condenara a la Administración concursal a reintegrar una concreta cantidad para con ella pagar los créditos de la actora. Pues bien, la sentencia no resuelve en los mismos términos. Acuerda sin más la devolución a la masa de lo percibido por la Administración concursal como honorarios, así como el 65% de lo percibido por el letrado de la concursada, por ser tales créditos masa de vencimiento posterior al referido por la Seguridad Social. Viene a refundir las dos peticiones e introduce cierta inseguridad sobre el alcance del fallo, pues no despeja con claridad quién o quiénes son los sujetos pasivos de la obligación. No hay duda sobre que procede la devolución de honorarios, pero deja en el aire quién tiene que reintegrar el porcentaje percibido por el letrado de la concursada. Es interpretable de forma muy razonable que se refiere tan solo a la Administración concursal, pero el alcance de un pronunciamiento no puede quedar al albur de una interpretación. Lo impide el citado artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que exige, además de congruencia, precisión y claridad. Desde el momento en que resulta factible considerar a don Carlos Antonio sujeto pasivo de la obligación de reintegro, es decir, destinatario del fallo, hay que apreciar incongruente la sentencia.

Eso sí, lo efectos de la falta de congruencia no pueden ser los pretendidos por don Carlos Antonio , la nulidad de todo lo actuado. Dicho vicio no comporta un remedio tan drástico. La solución pasa simplemente por acomodar el fallo a lo pedido y eso se traduce en decretar la condena expresa de la Administración concursal al reintegro.

**CUARTO.** Tercer y último motivo de don Carlos Antonio , sobre el fondo del asunto: vencimiento de sus honorarios.

Según el recurrente, la sentencia de instancia yerra al fijar la fecha de vencimiento de sus servicios. Para don Carlos Antonio , por la presentación del concurso, sus honorarios vencieron en el momento de la declaración, de modo que deberían haberse pagado por completo y con preferencia a los créditos de la "Tesorería General de la Seguridad Social". Y por la tramitación del expediente de regulación de empleo, según él, los honorarios vencieron el 29 de julio de 2010, es decir, cuando el Juzgado admitió tal expediente, con lo cual también sería un crédito preferente.

Este motivo no puede acogerse.

En efecto, en consonancia con la jurisprudencia mayoritaria, esta Sala se inclina por considerar que el vencimiento de los honorarios de los profesionales que asisten a la concursada se produce cuando finaliza la fase común y no en el momento de la declaración del concurso o cuando se lleva a cabo una puntual actuación, como es el caso de la tramitación de un expediente de regulación de empleo. Y es que no cabe confundir devengo con vencimiento. No es razonable propugnar el vencimiento de un crédito por la prestación de unos servicios que están todavía por consumarse. En el arrendamiento de servicios, la obligación de pagar el precio surge una vez prestado el servicio. Y en el procedimiento concursal, ese servicio no se agota con la solicitud de concurso, va más allá. De ahí que hasta tanto no llega a su fin la fase común, los honorarios de los profesionales no sean exigibles. Para que el crédito nazca, primero debe devengarse y el devengo sobreviene, como se ha expuesto, con la efectiva prestación del servicio. Y ese servicio, dentro del concurso, perdura y no se completa hasta que termina la fase común. Es entonces cuando tiene lugar el vencimiento.

Por otra parte, en cuanto a los criterios que, en materia de honorarios, establecen los respectivos Colegios de Abogados, recordar que no son vinculantes y menos cuando hay un precepto legal que, expresamente, sujeta el orden de pago de los créditos contra la masa al principio general del vencimiento ( sentencias del Tribunal Supremo 393/2014, de 18 de julio , y 399/2014, de 21 de julio ).

No ha lugar, pues, a anteponer los honorarios del abogado de la concursada frente al crédito de la "Tesorería General de la Seguridad Social". Y es que este crédito corresponde a cotizaciones vencidas entre

el 31 de julio y el 30 de septiembre de 2010, siendo lo cierto que hasta el 18 de enero de 2011 no finalizó la fase común.

**QUINTO.** Recurso de la Administración concursal de "Cotemar Extremadura, SL": errónea interpretación en relación con la fecha de vencimiento de los derechos económicos de la Administración concursal.

Bajo un supuesto error en la interpretación de las normas, la parte recurrente defiende que el momento en que se devengan los honorarios de la Administración concursal coincide con la fecha en que se acepta el cargo. Doña Ascension , en representación de la Administración concursal, argumenta que no puede confundirse vencimiento con exigibilidad. Sostiene que el auto por el que se fija su retribución no tiene carácter constitutivo, pues el derecho nace con la aceptación y, ello, porque su prestación no es de resultado sino tan solo de medios o servicios.

Este motivo no puede acogerse.

La Ley Concursal recoge con detalle el orden de pago de los créditos contra la masa, tanto en el caso de que resulten suficientes los bienes de la concursada, como en el contrario. Ahora bien, esa previsión normativa entró en vigor el 1 de enero de 2012, al hilo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre. Lógicamente, por razones de derecho transitorio, dicha norma no es aplicable aquí.

En este caso, es de aplicación el artículo 154.2 de la Ley Concursal según su redacción primitiva, la de la Ley 22/2003. Este precepto establece como criterio general que el orden de los pagos ha de efectuarse conforme al principio del vencimiento y así lo recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 , sentencia que precisamente estimó un recurso de casación planteado por la "Tesorería General de la Seguridad Social". La única excepción a esta regla son los créditos salariales de los últimos treinta días anteriores a la declaración de concurso. El resto de créditos contra la masa han de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea el estado del concurso y, para el caso de ser insuficientes los bienes de la masa activa para poder hacerlos efectivos todos, han de abonarse por orden de sus vencimientos.

A la luz de este principio, no puede darse la razón a la parte recurrente cuando sostiene que, con la aceptación del cargo, vencen los honorarios de los administradores concursales. Como bien aduce la letrada de la "Tesorería General de la Seguridad Social", no puede confundirse vencimiento con devengo. Son dos conceptos jurídicos distintos. En materia de obligaciones y contratos, el devengo es el derecho a percibir una prestación y el vencimiento es el momento en que dicha prestación puede ser reclamada. Los administradores concursales, al aceptar el cargo, podrán tener derecho a ser retribuidos (siempre que luego presten sus servicios), los devengarán, pero nada más. Su derecho al cobro, es decir, su vencimiento, sobreviene en los plazos establecidos por el juez del concurso y, en su defecto, en los momentos previstos por los artículos 8 y 10 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre , por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales.

En este supuesto, como señala la sentencia de instancia, pese a vencer más tarde que los créditos de la "Tesorería General de la Seguridad Social", la Administración concursal ha cobrado sus honorarios. Se ha preterido entonces el pago de las cotizaciones vencidas entre el 31 de julio y el 30 de septiembre de 2010.

En este estado las cosas, en la medida en que los créditos de la "Tesorería General de la Seguridad Social" vencieron con anterioridad a los honorarios de la administradora, nace el deber de reintegro (véase, para un supuesto sustancialmente igual, la sentencia de esta misma sección 241/2014, de 20 de octubre).

**SEXTO.** Segundo motivo: vencimiento de los honorarios del letrado de la concursada.

La Administración concursal postula que este otro crédito también venció el 11 de junio de 2010, en la fecha de declaración de concurso.

El motivo, por ser reproducción del formulado por don Carlos Antonio y estar ya contestado, debe desestimarse.

**SÉPTIMO.** Tercer y último motivo: correcta realización de los pagos por la Administración concursal.

La Administración Concursal, con cita de los artículos 84 y 154 de la Ley Concursal , defiende que no ha alterado el orden de los pagos pues los créditos correspondientes a los honorarios de la administración y del letrado de la concursada vencieron el 11 de junio de 2010, mientras los de la "Tesorería General de la Seguridad Social" fueron posteriores, entre julio y septiembre de 2010.

El motivo se desestima.

Está también contestado. El vencimiento de los créditos de la "Tesorería General de la Seguridad Social" es anterior al vencimiento de los créditos de honorarios, con lo cual sí hay infracción del orden de prelación de pagos.

**OCTAVO.** Costas y depósito.

Estimado en parte el recurso de don Carlos Antonio , no se hace especial condena en costas ( artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). Asimismo, se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

Y en cuanto al recurso de apelación de la Administración concursal, al haberse desestimado, se le imponen las costas.

En atención a lo expuesto:

## FALLAMOS

**Primero.** Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por don Carlos Antonio y desestimamos el recurso planteado por la Administración concursal de "Cotemar Extremadura, SL" contra la sentencia de 4 de abril de 2014 dictada en el incidente concursal sobre reintegro a la masa del concurso ordinario 111/2010 y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y condenamos a la Administración concursal de "Cotemar Extremadura, SL" a reintegrar a la masa quince mil ciento siete euros con cincuenta céntimos (15.107,50), correspondientes a los honorarios percibidos por la Administración concursal y en parte por el letrado de la concursada, para con dicho importe pagar los créditos de la Seguridad Social por ser éstos de vencimiento anterior.

**Segundo** . No se hace especial pronunciamiento en costas en la instancia, ni en cuanto al recurso de don Carlos Antonio y se imponen a la Administración concursal las costas de su recurso.

**Tercero.** Se acuerda la devolución a don Carlos Antonio del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes, con la advertencia de que contra la misma cabe recurso de casación por interés casacional y, conjuntamente, extraordinario por infracción procesal, a interponer ante esta Sala en el plazo de veinte días contados a partir de la notificación de esta sentencia y previa acreditación de la constitución en la cuenta de consignaciones de este órgano de un depósito de cincuenta euros, con el apercibimiento de que, de no observarse dicho requisito, no se admitirá a trámite el recurso.

Así, por ésta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.