



Roj: **SAP B 14040/2012 - ECLI:ES:APB:2012:14040**

Id Cendoj: **08019370152012100269**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **17/10/2012**

Nº de Recurso: **91/2012**

Nº de Resolución: **338/2012**

Procedimiento: **Incidente**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

Sección Decimoquinta

Rollo núm. 91/2012-2ª

Incidente concursal núm. 538/2011

(Procedimiento concursal núm. 763/2009)

Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona

SENTENCIA núm.

Composición del tribunal por los magistrados:

JUAN F. GARNICA MARTÍN

MARTA RALLO AYEZCUREN

LUIS GARRIDO ESPA

En Barcelona a diecisiete de octubre de dos mil doce.

Se han visto en grado de apelación ante cimoquinta538/2011, dimanante del procedimiento de concurso necesario nº 763/2009, seguido ante el Juzgado Mercantil nº 2 de Barcelona, a instancia de Alte Transportation, S.L., representada por el procurador Javier Segura Zariquiey y asistida de los letrados Sres. Camps Guerrero y Pedrós Carretero contra la concursada Técnicas Modulares e Industriales, S.A. (TEMOINSA), representada por el procurador Josep Mª. Cortal Pedra y bajo la dirección de los letrados Sres. Raich Puyol y Fernández Oliva, y contra la administración concursal.

Conocemos las actuaciones por razón del recurso de apelación formulado por la parte instante del incidente contra la sentencia dictada en fecha 26 de septiembre de 2011 .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La sentencia apelada desestimó la demanda que interpuso la citada parte instante del incidente contra la concursada y la administración concursal imponiendo las costas a la parte actora.

SEGUNDO. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte que promovió el incidente, que fue admitido a trámite. La concursada y la administración concursal presentaron sendos escritos de oposición al recurso.

TERCERO. Recibidos los autos originales y formado en la sala el rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 16 de mayo.



CUARTO . Durante la deliberación del asunto no se consiguió el criterio unánime de los componentes de la sala, quedando en minoría el ponente originario. Ante ello se decidió proceder al cambio de ponente, atribuyéndose la ponencia a uno de los integrantes de la posición mayoritaria.

Es ponente el Sr. JUAN F. GARNICA MARTÍN, presidente de .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Términos en los que aparece planteado el recurso

1. La acreedora Alte Transportation, S.L., que instó el concurso necesario de TEMOINSA, declarado por auto de 15 de enero de 2010, interesó en su demanda incidental que se reconociera como crédito contra la masa el importe de las costas y gastos que ha sufragado por la solicitud y declaración del concurso, en total 90.340,78 , cantidad comprensiva de los honorarios del abogado (58.000 , IVA incluido) y de los derechos del procurador y gastos adelantados (32.340,78). Como apoyo legal para este reconocimiento y calificación citó el art. 84.2.2º LC . También expuso que la concursada se opuso a la solicitud de concurso formulada por dicho acreedor (a quien negó legitimación activa) pero se allanó a la solicitud de concurso (conforme al art. 18.1 LC) interesada por otro acreedor, que fue acumulada a la primera. El juez declaró el concurso sobre la base del allanamiento y nada manifestó sobre las costas procesales.

2. La sentencia que decidió el presente incidente desestimó la pretensión con fundamento en la postura de la demandada en la fase declarativa, la ausencia de un pronunciamiento que impusiera las costas y el criterio de este tribunal, aplicado a esta misma situación, que se recoge en varias resoluciones, entre ellas entencia

3. El recurso de la parte instante esgrime argumentos para convencer de la solución favorable a su interés, a fin de quedar indemne por unos gastos soportados para constituir en situación de concurso a un deudor que debía quedar sometido a esta situación legal por concurrir sus presupuestos, pese a lo cual no había solicitado el concurso voluntario.

La idea central del recurso es que las costas y gastos generados por la solicitud y declaración del concurso necesario tienen la consideración, en todo caso, de crédito contra la masa, por expresa disposición del art. 84.2.2º LC .

SEGUNDO. Apartamiento del precedente interno

4. Este tribunal había resuelto con anterioridad casos similares al presente en los mismos términos en los que lo ha hecho la resolución recurrida. Así resulta de , recaída en el rollo núm. 57/2009-1ª (ROJ: SAP B 7444/2009), que negó el reconocimiento de crédito contra la masa en el caso de las costas soportadas por un acreedor a cuya instancia se había declarado el concurso necesario. El argumento esencial con el que se sostenía aquel criterio estriba en que no basta la norma del art. 84.2.2º LC , ni la similar del art. 20.1 LC , para resolver la cuestión, en el caso del concurso necesario (no así en el caso de concurso voluntario). Cuando la solicitud del concurso ha sido realizada por un acreedor, es preciso que en el auto de declaración del concurso se impongan las costas a la concursada para que el acreedor pueda ver resarcidas esas costas con cargo a la masa, se sostenía en aquella resolución. En suma, el art. 20.1 LC , que establece que en el caso de declararse el concurso "las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa" está referido al supuesto, implícito en aquella norma, de que las costas se impusieran en el auto de declaración. Si falta ese presupuesto, se añadía, el crédito no existe, razón por la que huelga su consideración como deuda de la masa.

5. Desde aquella fecha este tribunal ha modificado su composición y también es distinto el criterio que la mayoría de sus miembros sostiene en la actualidad sobre la cuestión objeto del recurso, razón por la que, mediante la presente resolución, nos proponemos modificar nuestro criterio anterior.

Ese cambio de criterio no es circunstancial, esto es, no obedece a particulares circunstancias que puedan concurrir en el caso que ahora examinamos, sino que es una decisión que comporta apartarnos de nuestros propios precedentes, lo que exige una especial motivación que excluya el riesgo de arbitrariedad en el que en otro caso incurriríamos. También creemos (estamos convencidos de ello) que esta nueva forma de ver el problema tendrá continuidad en el futuro inmediato, pues ha sido objeto de profundo debate y reflexión en el seno de la sala, y estimamos que obedece a razones bien justificadas, a las que a continuación nos referiremos.

TERCERO. La consideración legal de las costas como deudas de la masa y su alcance

6. El art. 84.2.2º LC dispone que tienen la consideración de créditos contra la masa, en primer término, "los de costas y gastos judiciales ocasionados (necesarios , tras la modificación legal operada por Ley 38/2011) por la solicitud y la declaración de concurso" .



Ningún distingo hace esa norma, al menos de forma explícita, entre los casos de concurso voluntario y necesario. Su literalidad alcanza a ambos, de manera que, al menos en principio, debemos considerar que incluye tanto la solicitud del propio deudor como la realizada por un acreedor. Más adelante veremos que no existen razones para realizar una interpretación correctora de su tenor literal.

El art. 20.1 LC, por su parte, establece: << (p) *racticadas las pruebas declaradas pertinentes o transcurrido el plazo fijado para ello, el juez, dentro de los tres días siguientes, dictará auto declarando el concurso o desestimando la solicitud. En el primer caso, las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa; en el segundo, serán impuestas al solicitante, salvo que el juez aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho*>> .

Tampoco esta norma distingue entre concurso voluntario o necesario, si bien es evidente que está referida exclusivamente al necesario, por cuanto hace referencia a la resolución que procede dictar en el caso de resolverse el incidente de oposición sustanciado frente a la solicitud de concurso, oposición que únicamente el deudor puede formular (art. 18 LC).

Por consiguiente, la consideración conjunta de una y otra norma en examen no permite sostener la idea, al menos con facilidad, de que el art. 84.2.2º LC únicamente está referido al concurso voluntario. Más bien parece todo lo contrario. Eso es lo que estima la mayoría de los componentes de la sala, al menos.

7. Tampoco comparte la mayoría otra de las afirmaciones con la que se sustentaba el criterio anteriormente sostenido por esta Sala: que la norma del art. 20.1 LC presupone un pronunciamiento de imposición de las costas a la concursada.

Tal presupuesto no resulta de la literalidad de la norma, que únicamente se refiere de forma explícita a la imposición de las costas en un caso, que el concurso no se declare, supuesto en el que se impondrán al solicitante.

Podría considerarse implícitamente afirmado en el supuesto anterior, esto es, en el caso de que el concurso se declare, que la referencia legal a " *tendrán la consideración de créditos contra la masa*" lleva consigo un mandato al juez de hacer imposición también en este caso siguiendo los criterios del vencimiento objetivo. No obstante, ello no resulta de su literalidad ni tampoco creemos que haya sido propósito del legislador. La norma dice lo que dice y creemos que, más allá de que podamos considerar discutible su claridad o buena técnica legislativa, ello obedece a buenas razones, al menos desde la perspectiva del legislador.

La cuestión está en que esa norma, en cuanto se refiere a las costas en el caso de declaración del concurso, proyecta sus efectos sobre dos situaciones distintas: (i) primera, que el concurso se haya declarado a pesar de la oposición del deudor; y (ii) segunda, que el concurso se declare sin oposición del deudor.

Si pensamos en la primera de esas dos situaciones, resulta lógico pensar que la resolución judicial, que en realidad resuelve un incidente declarativo y contradictorio de oposición a la solicitud de declaración, contenga en todo caso un pronunciamiento sobre las costas, esto es, tanto en el caso de que el concurso no se declare finalmente como en el caso de que se declare.

Lo que ocurre es que nuestro legislador no se ha limitado a atribuir a esa resolución el carácter de resolución que resuelve un incidente declarativo y contradictorio sino que, en el caso de que la oposición se rechace, le ha atribuido una segunda naturaleza, la de resolución de apertura del concurso. Creemos que esta segunda perspectiva es la que justifica la literalidad de la norma: si el concurso se declara las costas pesan sobre la masa sin necesidad de que exista siquiera imposición de las mismas porque la propia apertura del concurso determina que esos gastos deba soportarlos la masa.

No creemos, por ello, que del alcance de esa disposición, de contenido aclaratorio o interpretativo, pueda excluirse el supuesto de las costas del acreedor instante porque ello supondría un contrasentido: es precisamente a ellas a las que creemos que está referida la norma.

CUARTO . Innecesidad de una imposición expresa de las costas para que las mismas resulten exigibles en todos los casos

8. Ampliando la perspectiva de examen, tampoco creemos que pueda extrañar la literalidad de la disposición legal o de la interpretación que de ella hace la mayoría de la sala. La exigibilidad de las costas no siempre exige de una resolución judicial expresa que las imponga. En definitiva, el título o justificación para esa exigibilidad no es siempre un pronunciamiento de condena a su pago sino que también puede ser una norma legal. Ésa es la regla que se sigue respecto de las costas de la ejecución singular. En la resolución acordando el despacho de la ejecución no se imponen las costas, pese a lo cual nadie cuestiona que las costas de toda la ejecución son de cargo del ejecutado porque así lo establece el art. 539.2, pfo. 2.º LEC, aunque no se dicte con posterioridad ninguna resolución imponiéndolas. De hecho, en el caso de existir una resolución posterior, cuando ha existido



oposición al despachado, la misma solo resuelve sobre quien pesan las costas del incidente de oposición. Algo similar es lo que ocurre en el supuesto enjuiciado, cuyo paralelismo con la ejecución singular, al menos a estos efectos, resulta innegable.

Por consiguiente, cuando el concurso se declare o se haya abierto a instancia de un acreedor, sin oposición del deudor, las costas serán de cargo de la masa por disposición legal. Y lo mismo ocurre cuando el concurso se declara finalmente tras la oposición del deudor, al menos respecto de las costas de la solicitud. Lo único que nos puede parecer cuestionable, a partir del examen de las normas de , en el caso de que la resolución judicial se hubiera pronunciado de forma expresa no haciendo imposición de las costas. A pesar de que las normas legales mencionadas no imponen el pronunciamiento sobre costas en este caso, de manera que lo razonable es que el mismo no exista, caso de existir y no ser cuestionado se podría interpretar que el alcance del mismo excluiría como deuda de la masa las costas derivadas de la sustanciación del referido incidente de oposición, pero no así las costas de la solicitud.

Si no existe pronunciamiento explícito, la interpretación razonable de las normas en examen nos lleva a apreciar que debe incluir tanto las costas de la solicitud como las del incidente.

QUINTO. Sobre el carácter necesario de los gastos y costas reclamados

9. La nueva exigencia (la referencia a la necesidad), introducida por , tampoco nos puede llevar a negar el carácter necesario a las costas derivadas de la solicitud del acreedor.

Aunque el acreedor no está forzado a realizar la solicitud, pues sólo para el deudor constituye una obligación instar el concurso, de manera que la solicitud de concurso necesario no es un acto necesario sino un acto facultativo, lo que la norma exige es que la solicitud sea necesaria "para la declaración", carácter que sin duda tiene la solicitud del acreedor en virtud de la cual el concurso se declara.

Podría cuestionarse ese carácter necesario en el caso de pluralidad de solicitudes, particularmente en el caso de solicitudes realizadas por acreedores conociendo de solicitudes anteriores. Pero ello es una cuestión distinta, que habrá que analizar desde la perspectiva concreta de cada caso. Lo relevante ahora es únicamente que la necesidad o no de las costas (es decir, de cada uno de los conceptos reclamados como tales) debe enjuiciarse desde la perspectiva de la necesidad para la declaración de los actos de los que dimana la reclamación.

En suma, esa novedad no creemos que haya aportado gran cosa al precepto, pues la exigencia de necesidad forma parte intrínseca de todas las costas, que únicamente son los gastos necesarios del proceso. Los gastos facultativos deben ser soportados por la parte que los haya hecho, aunque exista condena en costas y tenga derecho a repercutirlas a la adversa.

SEXTO. La incentivación de la solicitud del concurso por los acreedores como finalidad protegida

10. Por otra parte, ampliando aún más la perspectiva de examen, tampoco podemos ignorar que Por consiguiente, consideramos que la interpretación que veníamos haciendo de las normas referidas en nuestras anteriores resoluciones no era acorde con esa finalidad explícita perseguida por el legislador, a la vez que constituía un contrasentido: de una parte se incitaba a los acreedores a poder instar el concurso de su deudor y de otra se les sancionaba no permitiéndoles resarcirse de las costas que para ello habían debido adelantar con cargo a la masa.

La interpretación que ahora hacemos se propone corregir ese contrasentido e interpretar las normas relativas a las costas del acreedor en el mismo sentido que las demás normas que incentivan su actitud activa para instar el concurso de sus deudores.

11. También consideramos que eso es lo más razonable porque, con independencia de la concreta finalidad que haya querido perseguir en cada caso el acreedor instante, lo cierto es que, si el concurso se acaba finalmente declarando, ello es indicativo de que concurrían los presupuestos para ello, razón por la que debe considerarse que su solicitud ha contribuido en beneficio del propio deudor (obligado a instarlo y que incumplió su obligación de hacerlo) y del resto de los acreedores.

Y, tampoco podemos ignorar que, para conseguir esos objetivos, el acreedor asume riesgos importantes: tener que asumir las costas y los daños y perjuicios que la solicitud haya podido originar al deudor (art. 20.1 LC). Por consiguiente, no es razonable que también deba soportar los costes de su actuación judicial cuando su solicitud triunfa porque ello implicaría penalizarle por llevar a cabo actos a los que la ley le incentiva.

12. No desconocemos que con la nueva postura que adoptamos podemos dar a lugar a que se incentiven conductas oportunistas que la interpretación anterior trataba de evitar. Lo que estimamos es que, para luchar contra esas conductas de acreedores que no persigan otra cosa que finalidades que no protegen las normas



en examen, no podemos penalizar a todos los que actúen a su amparo y de forma leal con el espíritu que las informa. La reacción frente a las conductas oportunistas, cuando sean detectadas, creemos que debe hacerse de otra forma, que no penalice de forma injustificada a la generalidad de los acreedores instantes.

13. Y tampoco creemos que esta nueva interpretación pueda dar lugar a que se considere que estamos abriendo la puerta a una invitación a saquear de forma indiscriminada la masa activa del concurso. Que aceptemos que el acreedor tiene derecho a resarcirse de sus costas con cargo a la masa no significa que también aceptemos que se le deba pagar todo lo que pretenda que importan sus costas. A la administración concursal y al propio juez del concurso les corresponde velar por los intereses de la masa frente a los abusos, procurando porque las deudas de la masa sean las adecuadas. En el supuesto de costas del acreedor instante, igual que en de las costas reclamadas por la defensa del propio concursado, esos órganos deben procurar que el importe a satisfacer sea el mínimo "necesario" para la defensa de los propios intereses de la masa, sin que se deban ver vinculados por los pactos alcanzados ni por el propio deudor ni por los acreedores con los órganos de defensa de sus intereses.

SÉPTIMO . Necesidad de la solicitud del acreedor para la declaración del concurso

14. En el caso presente, el deudor se allanó expresamente dentro del plazo para oponerse y el auto que declaró el concurso no hizo mención alguna a las costas de la fase de declaración. Ello no implica, como hemos razonado, que no puedan incluirse entre las deudas contra la masa las costas reclamadas por el solicitante. Habrá que analizar de forma detallada la reclamación que efectúe la parte para valorar en qué medida el concreto concepto del que dimana el crédito que se reclama haya sido necesario para la declaración del concurso.

15. La concursada cuestiona que la solicitud de Alte haya podido ser necesaria para la declaración cuando consideró, y sigue considerando, que ésta carecía de legitimación para instar el concurso. Si se allanó no fue a su solicitud sino a la de otro acreedor (Albatros, S.L.) que había presentado su solicitud con posterioridad, si bien ambas se acumularon. Y lo cierto, afirma, es que sobre esa alegación de falta de legitimación no existió pronunciamiento expreso del juez del concurso en el auto de declaración.

16. Tiene razón la concursada en que una eventual falta de legitimación del acreedor instante es una cuestión relevante al efecto de determinar si su solicitud puede considerarse necesaria desde el punto de vista de la declaración del concurso, pues resulta claro que la solicitud de alguien no legitimado resulta irrelevante y no justificaría que se le pudieran resarcir las costas generadas.

En lo que no tiene razón la concursada es en que Alte careciera de legitimación cuando realmente no cuestiona su carácter de acreedora. Lo que afirma es que la deuda no estaba vencida, lo que determina, en su opinión, que no pueda considerarse como acreedor a los efectos del art. 3 LC .

En nuestra opinión, no tiene razón la concursada. Que el crédito esté discutido o no esté vencido no justifica esa alegación. El art. 3 LC no exige que el crédito esté vencido y que sea exigible sino únicamente que el solicitante tenga el carácter de acreedor y la concursada en realidad no le negó propiamente ese carácter a Alte, razón por la que resulta incuestionable su legitimación para solicitar el concurso.

OCTAVO. Cuantificación del crédito

17. En el supuesto que consideramos, son dos los conceptos que Alte reclama que se incluyan como deudas de la masa:

- a) 58.000 euros en concepto de minuta de abogado (50.000 euros + IVA).
- b) 32.340,78 euros correspondientes a derechos y gastos adelantados por el procurador.

La concursada se opuso a que esas cantidades se incluyeran entre las deudas de la masa considerando que:

i) En cuanto se refiere a la minuta del letrado, no se puede reconocer a Temoina el derecho a repercutirle todos los honorarios satisfechos sino exclusivamente los estrictamente necesarios y la minuta de honorarios del letrado es excesiva, pues aplicando los criterios del Colegio de Abogados de Barcelona resultan unos derechos de únicamente 33.569,80 euros, importe que es de aplicación a la fase común, razón por la que por la fase de declaración la cantidad debe ser considerablemente menor. En su opinión únicamente procedería incluir la cantidad total de 1.707,27 euros.

ii) En cuanto a la minuta del procurador, lo que se afirma es que su importe es desproporcionado y que debe ser inaplicado por los tribunales el Arancel que lo regula, al amparo de lo que se establece en el art. 6 LOPJ . También se expuso que lo único que procedería incluir son los trabajos del procurador necesarios para la solicitud, lo que determina que los debamos referir exclusivamente a la presentación del escrito de solicitud.

No procedería incluir los gastos de publicidad porque ello es contrario al carácter gratuito de la publicación de la solicitud. En su opinión únicamente procedería incluir la cantidad de 826 euros, IVA incluido.

18. Alte, para justificar el importe de la minuta pagada a su letrado y de los derechos de su procurador, dice que su crédito es de 3.646.185,10 euros y que el concurso tiene un pasivo de 46.092.287,18 euros, más otros posibles 16.728.093 euros como créditos contingentes, y que los honorarios de su abogado correspondientes a la fase común ascenderían a la cantidad de 178.900 euros, aplicando los criterios del ICAB, y añade que los 90.340,78 euros reclamados corresponden en su integridad a desembolsos efectivamente producidos y necesarios para la declaración del concurso.

19. En cuanto a los honorarios del letrado, los mismos no están sometidos en nuestro ordenamiento a ningún sistema reglado, esto es, a un baremo vinculante. Su fijación se hace por pacto entre las partes, si bien ese pacto únicamente puede vincular a la propia parte que ha hecho la elección del letrado y ha alcanzado el pacto. Los terceros a ese pacto que se vean forzados a resarcir a la parte que ha elegido al letrado las costas derivadas de su utilización no están vinculados por ese pacto y pueden impugnar la cuantía abonada, supuesto en el que el ordenamiento jurídico confía a un tercero (el secretario judicial y el juez, en el proceso de determinación de las costas) la determinación de su importe a través de un juicio de equidad cuyo objeto y finalidad consiste en determinar si la cantidad cuyo pago se pretende es razonable, esto es, está justificada por el trabajo efectivamente desarrollado por el letrado. Ese mismo proceder creemos que es el que debe seguirse en el proceso concursal, si bien los órganos que deben llevar a cabo ese juicio de equidad son los órganos del concurso a quienes corresponde velar por los intereses de la masa: la administración concursal, en primera instancia, y el juez del concurso en el caso de no aceptarse el criterio de la primera.

20. Por otra parte, el hecho de que se trate de un verdadero juicio de equidad no significa que deba quedar completamente a la discreción de los órganos del concurso la fijación del importe de la minuta que debe soportar la masa concursal. Esos órganos deben tomar en consideración, al efectuarlo, dos tipos de factores de carácter objetivo:

- a) De una parte, los criterios orientadores que los colegios de abogados recomiendan a sus colegiados.
- b) De otra, la entidad de la dedicación o esfuerzo que las actuaciones procesales hayan supuesto para el letrado minutante en el caso concreto.

Los criterios orientadores no constituyen un parámetro determinante pero sí reflejan un punto de vista que debe ser tomado en consideración, por dos razones: (i) de una parte, porque el propio legislador, cuando regula la impugnación de la tasación de costas, impone que se oiga al Colegio de Abogados (art. 246.1 LEC); y (ii) de otra, porque son indicativos de una práctica corriente, de manera que puede presumirse que condensan máximas de la experiencia humana.

No obstante, pese a su importancia y trascendencia, no constituyen otra cosa que un valioso parámetro para orientar el juicio de equidad a que hemos hecho referencia. Y no es el único parámetro. Por consiguiente, si bien debe partirse del mismo, los órganos del concurso no deben limitarse a determinar si el letrado ha acomodado su factura a esos criterios orientadores sino que están facultados para apartarse de los mismos cuando consideren que el importe resultante de su aplicación es inequitativo, esto es, no es adecuado al esfuerzo que se trata de retribuir.

21. La aplicación de los criterios orientadores del ICAB plantea un primer problema que consiste en determinar qué cuantía debe ser tomada como referencia para el cálculo de los honorarios, si la correspondiente al crédito del concreto acreedor solicitante por la que se actúa (criterio que acoge el ilustre Colegio de Abogados de Valencia y Málaga, entre otros) o bien la masa pasiva del concurso (criterio que acogen los colegios de Barcelona y Madrid, entre otros). En esa disyuntiva nos parece que es más equitativo decantarnos por la postura que acogen los Colegios de Valencia y Málaga, atendido que la cuantía de la masa no nos parece un dato relevante para examinar la entidad del trabajo del letrado del acreedor. Es cierto que tampoco la cuantía del crédito del acreedor por el que se actúa tiene por qué ser relevante a estos efectos, si bien nos parece algo más ilustrativa como punto de partida.

22. La segunda cuestión que plantea la aplicación de los aranceles consiste en que los cálculos que recomiendan no se limitan a la solicitud sino que comprenden toda la fase común, lo que determina que deba realizarse una imputación del porcentaje que corresponde a cada una de las actuaciones de forma independiente con el fin de poder determinar lo que corresponde a la solicitud.

23. La concursada cuestiona las cuantías de la minuta y estima que la correcta aplicación de los criterios orientadores (sobre el importe del crédito del acreedor) lleva a un total de 28.936,9 euros (33.569,8 euros con el IVA incluido) para toda la fase común. Coincidimos con ella que esa cantidad es razonable, esto es, es una



justa expresión de la retribución equitativa para el trabajo que el abogado hubiera podido haber desarrollado en toda la fase común.

En lo que, en cambio, no coincidimos con la defensa de la concursada es en que, para obtener la cantidad correspondiente a la fase de declaración, el criterio más razonable sea el temporal, esto es, la extensión temporal de una y otra fase. En nuestra opinión, lo más razonable es imputar la mitad de esa cantidad a la fase de declaración, por lo que estimamos que de la minuta del letrado debe incluirse la cantidad 16.784,90 euros (con el IVA incluido) como deuda de la masa.

24. La referida cantidad nos parece que supone un resarcimiento equitativo para el trabajo desarrollado por el abogado de la solicitante para preparar y redactar la solicitud del concurso, que no estimamos que planteara dificultades extraordinarias para el acreedor, porque estimamos que se encontraba en la previa posesión de la información suficiente para poder conocer en el momento de instar el concurso la situación de insolvencia en la que se encontraba la concursada, por su estrecha relación con ella.

25. En cuanto a los derechos del procurador, la minuta presentada por el mismo de un total de 32.340,78 euros, incluye dos tipos distintos de partidas: (i) los derechos en sentido estricto, esto es, la cantidad de 21.650 euros; y (ii) de otro, diversas partidas correspondientes a adelantos.

25.1. El cálculo de los derechos del procurador creemos que debe hacerse de acuerdo con la cuantía del crédito del acreedor al que representa, única cuantía conocida en el momento de la solicitud. Considerarlo de otra forma dejaría sin respuesta razonable el cómputo de los derechos en el caso de que la solicitud finalmente se desestime, supuesto en el que no puede llegar a conocerse la cuantía de las masas. Por ello consideramos que, de acuerdo con el art. 19 del Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, que el importe de los derechos para todo el concurso es de 12.485,91 euros. Sobre esa cantidad consideramos que el porcentaje correspondiente a la fase de declaración debe ser el del 25 %, según la propia norma expresa (para el caso de solicitud desestimada, al que asimilamos el de solicitud estimada). Por consiguiente, ello nos lleva a la cantidad de 3.121,47 euros.

25.2. En cuanto a los adelantos, la partida más importante es la correspondiente a la tasa judicial, por un importe de 6.150 euros, que ha acreditado haber abonado, razón por la que procede su inclusión como deuda de la masa. Y también procede la inclusión de las demás partidas de adelantos, correspondientes a conceptos que no se cuestionan que se corresponden con gastos efectivamente producidos como consecuencia de la publicación de los edictos en el BOE (69,72 euros) y pagos en el Registro de

En suma, la cantidad total correspondiente a adelantos y derechos del procurador es la de 9.915,25 euros.

Por consiguiente, el importe total de las costas de la acreedora solicitante del concurso que debe abonarse con cargo a las deudas de la masa está representado por la cantidad total de 36.615,4 euros.

NOVENO. Costas

26. No se estima que deba hacerse imposición de las costas de la primera instancia, pese a que la demanda se estime, atendido a las dudas de derecho que la cuestión controvertida plantea y que están debidamente justificadas en el cuerpo de esta resolución (art. 394.1 LEC).

27. Estimado el recurso no ha lugar a hacer imposición de las costas, conforme a lo que resulta del art. 398 LEC .

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación formulado por Alte Transportation, S.L. contra entenciapor el Juzgado Mercantil núm. 2 de Barcelona en fecha 26 de septiembre de 2011 en el incidente concursal del que dimana este rollo, que revocamos y en su lugar estimamos en parte la demanda de Alte Transportation, S.L., declaramos que tiene derecho a cobrar con cargo a la masa el crédito de 36.615,4 euros que tiene acreditado en concepto de costas por la solicitud del concurso y ordenamos a la administración concursal que proceda a su pago con cargo a la masa, haciendo las demás modificaciones en la lista de acreedores a que hubiera lugar como consecuencia de ello.

No se imponen las costas del recurso ni tampoco las de la primera instancia.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.



Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, firme que sea, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO LUIS GARRIDO ESPA

ÚNICO. Aunque considero muy razonable, sólidamente fundado y realmente convincente el criterio de la mayoría, formulo este voto particular por entender que en un supuesto como el presente, en el que no hubo condena en costas en el incidente de declaración del concurso necesario, es igualmente razonable y fundado el criterio que este tribunal había sentado con anterioridad, basado en la inexistencia de crédito del acreedor solicitante por las costas procesales de la declaración del concurso. En anteriores resoluciones mantuvimos, en síntesis, la siguiente argumentación al respecto.

Conforme al art. 84.2.2º LC , tienen la consideración de créditos contra la masa, en primer término, *"los de costas y gastos judiciales ocasionados [necesarios , tras la referida modificación legal] por la solicitud y la declaración de concurso"* . Tratándose de concurso necesario, a solicitud de un acreedor, esta norma no hace sino corroborar, en el capítulo dedicado a la composición de la masa pasiva, la previsión del art. 20.1 LC , relativo a la resolución de la solicitud de concurso necesario, conforme al cual, si se dicta auto declarando el concurso *"las costas tendrán la consideración de créditos contra la masa"* (en otro caso, dice esta norma, serán impuestas al solicitante, salvo que se aprecien serias dudas de hecho o de derecho). La necesaria coherencia entre este precepto y el apartado 2º del art. 84.2 LC determina el entendimiento de que éste último parte del presupuesto de que ha existido un pronunciamiento de imposición de costas en el auto que declara el concurso tras el trámite contradictorio que prevén los arts. 15 a 19 LC , sencillamente porque si no es así, y no se imponen las costas al deudor por las actuaciones de la fase de declaración, no existirá un crédito contra el deudor concursado (ni por tanto contra la masa), que lo sería, como todo crédito por costas, a favor de la parte instante o solicitante del concurso (no a favor del abogado y procurador de ésta).

Entiendo que, al no existir una obligación a cargo del acreedor de solicitar el concurso de su deudor (puede, obviamente, proteger su derecho e intereses patrimoniales mediante la ejecución singular), si lo hace, ha de asumir el riesgo de que los costes de la declaración no sean reembolsables o reconocidos como crédito contra la masa, por la eventualidad de que no exista condena en costas, a diferencia del supuesto de solicitud de concurso voluntario, pues para el deudor sí que existe la obligación o carga de solicitar el concurso cuando concurre su presupuesto objetivo.

Por ello, a mi modo de ver, la demanda debió ser desestimada, si bien, como he adelantado, el nuevo criterio de la Sala está perfectamente fundado.

LUIS GARRIDO ESPA

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y hecha pública por el magistrado ponente en la audiencia pública del mismo día de su fecha, a mi presencia, doy fe.