



Roj: **STS 3279/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3279**

Id Cendoj: **28079110012017100475**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2017**

Nº de Recurso: **298/2015**

Nº de Resolución: **501/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 708/2014,**
STS 3279/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrada de la Administración de la Seguridad Social D.^a María José Castro Rebolo, contra la sentencia dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Lugo, en el recurso de apelación núm. 611/2014, dimanante del incidente concursal núm. 901/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo. Sobre pago de créditos contra la masa. Ha sido parte recurrida la entidad Grupo Leipazaja S.L., representada por el procurador D. Alberto .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La letrada de la Administración de la Seguridad Social D.^a María José Castro Rebolo, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso demanda incidental sobre acción de conclusión de concurso contra la entidad Grupo Leipazaja S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«Acuerde que no ha lugar a la conclusión del concurso por no ajustarse a Derecho los pagos realizados por la administración concursal en la fase de liquidación y que los créditos contra la masa reconocidos a la TGSS son preferentes respecto de los créditos que se han abonado en fase de liquidación por deudas vencidas con posterioridad a las mensualidades reclamadas».

2.- La demanda fue presentada el 20 de febrero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- D. Alberto en calidad de administrador concursal, de la entidad Grupo Leipazaja S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«Dictara sentencia por la que se desestime parcialmente la demanda incidental presentada por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, fijando un crédito contra la masa a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social en la cantidad de 274,36 euros (cuotas seguridad social vencimiento 31 julio 2012)».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lugo dictó sentencia de fecha 10 de septiembre de 2014, con el siguiente fallo:



«Desestimar la demanda presentada por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Administración Concursal. Sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Lugo, que lo tramitó con el número de rollo 611/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 17 de diciembre de 2014 , cuyo fallo dispone:

«Desestimar el recurso.

»Confirmar la resolución recurrida.

»No se hace especial imposición de costas».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La letrada de la Administración de la Seguridad Social D.^a María José Castro Rebolo, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso de casación.

El recurso de casación se compone de un único motivo:

«Motivo único: al amparo del artículo 477.2-3.º LEC al entender que la sentencia recurrida infringe lo dispuesto en el art. 176 bis en la versión otorgada por la Ley 38/2011 , por aplicación indebida e interpretación errónea».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 30 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo (sección 1.ª), de fecha 17 de diciembre de 2014 .

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría».

3.- Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición a la admisión del recurso de casación, sin haberlo hecho, quedó el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 12 de junio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de julio de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- En el concurso de la sociedad Leipazaja S.L., la Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, TGSS) formuló demanda incidental contra la administración concursal, en la que solicitaba que se declarase que no había lugar a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa, por no ajustarse a derecho los pagos realizados por la administración concursal en la fase de liquidación y que los créditos contra la masa reconocidos a la TGSS son preferentes respecto de los que han sido abonados por la administración concursal, en concreto, un pago realizado a la sociedad Alfa Auriga Abogados S.L. el 14 de abril de 2013, por importe de 1.200 €, y a D. Eusebio , el 12 de julio de 2013, por importe de 100 €.

2.- El juzgado de lo mercantil desestimó la pretensión, al considerar que, aunque no había comunicación de la administración concursal sobre la insuficiencia de la masa activa para atender los créditos contra la masa, dicha insuficiencia era manifiesta, por lo que resultaba aplicable el orden de prelación de pagos previsto en el art. 176 bis LC . Conforme a dicho precepto, el crédito de Alfa Auriga se incluiría en el apartado 4º, con preferencia al de la TGSS, que estaría en el 5º; mientras que el crédito del Sr. Eusebio era imprescindible para concluir la liquidación.



3.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la TGSS, por entender, resumidamente, que cuando el art. 176 bis LC indica que debe seguirse el orden de prelación que establece, no se refiere al momento de comunicación de insuficiencia de masa activa por parte de la administración concursal, sino al momento en que se conoce dicha insuficiencia.

SEGUNDO.- *Motivo único del recurso de casación. Temporalidad de la aplicación del orden de prelación de pagos previsto en el art. 176 bis LC . Reiteración de la doctrina de la Sala. Estimación del recurso de casación.*

Planteamiento:

1.- La TGSS formula recurso de casación al amparo del art. 477.3 LEC , por tratarse de norma de vigencia inferior a cinco años. En el único motivo, alega la infracción del art. 176 bis.2 LC , en su redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente que el orden de prelación de pagos previsto en el precepto citado como infringido únicamente se aplica a partir de que se ha realizado la comunicación de la insuficiencia de la masa activa y que, mientras tanto, debe seguirse lo previsto en el art. 84 LC . Como consecuencia de lo cual, solicitó que se declare que los créditos contra la masa reconocidos a favor de la TGSS son preferentes a los créditos abonados en la fase de liquidación, en tanto no se haya realizado la comunicación de insuficiencia de la masa activa.

Decisión de la Sala:

1.- Es ya jurisprudencia consolidada, contenida en las sentencias de esta sala 306/2015, de 9 de junio ; 305/2015, de 10 de junio ; 310/2015, de 11 de junio ; 152/2016, de 11 de marzo ; 187/2016, de 18 de marzo ; 390/2016, de 8 de junio ; y 226/2017, de 6 de abril , que las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis.2 LC , en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la reseñada comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, y afecta, en principio, a todos créditos contra la masa pendientes de pago.

A *sensu contrario* , mientras no se haya hecho la comunicación por la administración concursal, no puede pretenderse la aplicación de dicho orden por el hecho de que en el momento del controvertido pago de los créditos de la administración concursal y del abogado de la administración concursal, ya hubiera insuficiencia de masa activa.

2.- La solución adoptada por la sentencia recurrida se opone a dicho criterio jurisprudencial. No obstante, dicha sentencia, en cuanto que confirma la de primera instancia, contiene otro pronunciamiento, diferente al de la temporalidad de las reglas de aplicación del art. 176 bis LC , cual es que el segundo de los créditos en disputa, el del Sr. Eusebio , fue imprescindible para concluir la liquidación. Y este pronunciamiento no fue recurrido expresamente en apelación por la TGSS, que cionó su recurso exclusivamente al tema del pago por orden cronológico de vencimiento.

3.- En su virtud, debe estimarse en parte el recurso de casación y, al asumir la instancia, estimar también en parte el recurso de apelación interpuesto por la TGSS, a fin de estimar parcialmente la demanda y declarar que mientras no se hace la comunicación de la insuficiencia de la masa activa no opera el régimen de prelación previsto en el art. 176 bis LC , sino el ordinario contenido en el art. 84 de la misma Ley . Lo que afecta al crédito de Alfa Auriga Abogados S.L., pero no al del Sr. Eusebio , dado su carácter imprescindible.

Como dijimos en la sentencia 225/2017, de 6 de abril , aunque resulte de aplicación el orden de prelación del art. 84.3 LC , puede haber gastos pre-deducibles cuyo pago no tiene porqué respetar la preferencia de otros créditos de vencimiento anterior, como sucede en este caso con el segundo de los créditos discutidos.

TERCERO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación en parte del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC .

2.- Igualmente, tampoco cabe hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación, puesto que la estimación del recurso de casación también supone estimación en parte de la apelación (art. 398.2 LEC). Y respecto a las costas de la primera instancia, como la estimación de la demanda también es parcial, tampoco procede hacer expresa imposición de las causadas, según determina el art. 394.2 LEC , por remisión del art. 196.2 LC .

3.- Finalmente, debe acordarse la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8, LO PJ .

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

**esta sala ha decidido**

1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia núm. 423/2014, de 17 de diciembre, dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 611/2014 . **2.º**- Casar dicha sentencia y estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de 10 de septiembre de 2014, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 y Mercantil de Lugo , a fin de declarar que mientras no se hace por la administración concursal la comunicación de la insuficiencia de la masa activa no opera el régimen de prelación previsto en el art. 176 bis LC , sino el ordinario contenido en el art. 84 de la misma Ley , con las consecuencias a ello inherentes respecto del primero de los créditos contra la masa en conflicto, el de Alfa Auriga Abogados S.L.; no así respecto del crédito de D. Eusebio , al tener el carácter de imprescindible. **3.º**- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación, ni de las generadas en ambas instancias, y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO