



Roj: **STS 3473/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3473**

Id Cendoj: **28079110012017100513**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/10/2017**

Nº de Recurso: **1023/2015**

Nº de Resolución: **534/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 147/2015,**
STS 3473/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo. El recurso fue interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrada de la Administración de la Seguridad Social. Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Lareira Eurococinas S.A.U., representada por la procuradora María Soledad Ruiz Bullido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, contra la entidad Lareira Eurococinas S.A., para que se dictase sentencia:

«por la que acuerde que el crédito contra la masa certificado por esta representación respecto de las cuotas de Seguridad Social devengadas a partir de enero de 2013 son preferentes respecto del resto de créditos abonados por la Administración concursal y que se detallan en este escrito, cuyas fechas de vencimiento no han sido justificadas».

2. La entidad Ayse Lucus S.L. y en su nombre Pio , administrador concursal de la entidad Lareira Eurococinas S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«que se acuerde que los créditos contra la masa ostentados por la Tesorería General de la Seguridad Social no son preferentes respecto de la totalidad de los créditos abonados por esta Administración Concursal al ser los mismos convenientes para el desarrollo del concurso y/o imprescindibles para la liquidación del mismo, por las razones que constan en el cuerpo de este escrito».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Desestimar la demanda formulada por el letrado de la Administración de la Seguridad Social en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Administración Concursal de la entidad Lareira Eurococinas, S.L., sin que proceda efectuar un especial pronunciamiento en cuanto a las costas».

**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, mediante sentencia de 25 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 27 de octubre de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 y de lo Mercantil de esta Ciudad , debemos confirmar y confirmamos la misma y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada».

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«1º) Infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del art. 176 bis de la Ley 22/2003, de 9 de junio ; e infracción de la Disposición Transitoria undécima de la Ley 38/2011 , art. 2.3 del Código Civil y art. 9.3 de la Constitución .

2º) Infracción por inaplicación de los arts. 84.3 y 154 de la Ley 22/2003 de 9 de junio , en la versión anterior a la modificación por la Ley 38/2011, en relación con la interpretación errónea y aplicación indebida del art. 176 -bis»

2. Por diligencia de ordenación de 24 de marzo de 2015, la Audiencia Provincial tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrada de la Administración de la Seguridad Social; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Lareira Eurococinas S.A.U., representada por la procuradora María Soledad Ruiz Bullido.

4. Esta sala dictó auto de fecha 1 de marzo de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por 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 Primera), de fecha 25 de febrero de 2015 ».

5. Dado traslado, la representación procesal de la administración concursal de la entidad Lareira Eurococinas S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El concurso de acreedores de Lareira Eurococinas, S.A. fue declarado por auto de fecha 29 de enero de 2013.

Mediante auto de 3 de julio de 2013, se abrió la fase de liquidación.

En el informe trimestral sobre el estado de las operaciones de liquidación presentado por la administración concursal en abril de 2014 aparecen una serie de pagos.

2. La TGSS entiende que estos pagos reseñados en el informe trimestral de abril de 2014, han postergado indebidamente el pago de los créditos contra la masa de la TGSS, por cuotas de la Seguridad Social devengadas con posterioridad a enero de 2013.

Por esta razón, la TGSS presentó una demanda de incidente concursal en la que solicitaba que el juzgado declarara que los créditos contra la masa correspondientes a la TGSS eran preferentes en el cobro respecto de los créditos contra la masa cuyos pagos se reseñan en el informe trimestral de abril de 2014, en tanto no se justifique que fueran de vencimiento anterior a los créditos de la TGSS.



3. La administración concursal, al contestar la demanda, especificó a qué créditos se correspondían los pagos reseñados en aquel informe trimestral de liquidación, y justificó su pago preferente en que eran imprescindibles para la liquidación. Los agrupó en tres conceptos: i) pagos correspondientes a los gastos de llevanza de la contabilidad, presentación de impuestos, confección de nóminas...; ii) los honorarios de la Administración Concursal y gastos judiciales correspondientes a la defensa jurídica de la concursada; y iii) otros gastos imprescindibles para el desarrollo de la liquidación.

La administración concursal razonaba que el criterio del vencimiento no era absoluto, sino que debía atemperarse con otros criterios, como los relativos a la continuidad del negocio, la conservación de la masa activa, la viabilidad del concurso como procedimiento...

4. El juzgado mercantil consideró que la controversia suscitada por la TGSS era eminentemente jurídica: por una parte, cómo debía interpretarse el criterio del vencimiento del art. 84.3 LC respecto del pago de los créditos contra la masa; y, por otra, qué criterio de pago de los créditos contra la masa debía aplicarse en ese caso, si el del vencimiento o el orden de prelación establecido en el art. 176bis 2 LC .

Respecto de la primera cuestión, el juzgado admitió que pudieran realizarse pagos de créditos contra la masa que no respetaran el orden del vencimiento, cuando fuera necesario para preservar la masa activa y, en general, cuando lo justificaran los intereses del concurso en atención a criterios de oportunidad. Y, respecto de la segunda, entendió que la regla de prelación de créditos prevista en el art. 176 bis 2 LC debía operar desde que aflorara la insuficiencia de masa activa, sin que pudiera atribuirse eficacia constitutiva a la comunicación de la administración concursal de la insuficiencia de masa activa.

Por esta razón, el juzgado entendió que, como constaba que cuando se hicieron los pagos controvertidos ya había insuficiencia de masa activa, debía operar el criterio establecido en el art. 176 bis. 2 LC . Luego pasó a analizar los créditos pagados por la administración concursal con preferencia a los créditos de la TGSS y concluyó respecto de todos ellos que la postergación de estos créditos de la TGSS estaba justificada:

i) Los créditos por honorarios de la administración concursal en cuanto retribuyen servicios que sostienen el concurso, deben considerarse imprescindibles para concluir la liquidación, pues sin su participación no resulta posible técnica ni jurídicamente. Por ello, a su juicio, debía entenderse que o bien eran preferentes en el pago a cualquier otro crédito contra la masa, o bien habían de considerarse créditos por costas y gastos judiciales del ordinal 4º del art. 176 bis 2 LC .

ii) Los créditos por gastos de asesoría laboral y fiscal, para la llevanza de la contabilidad, presentación de impuestos, confección de nóminas, presentación de cuentas anuales, eran necesarios para poder desarrollar los trabajos de liquidación e informar sobre su desarrollo, y su pago está justificado por el interés del concurso y porque resultaban imprescindibles para concluir la liquidación.

La sentencia de primera instancia concluyó que los créditos contra la masa de la TGSS no son preferentes a los reseñados en los informes de liquidación de abril de 2014, «al ser estos convenientes para el desarrollo del concurso e imprescindibles para su liquidación».

5. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la TGSS. La Audiencia desestima el recurso y ratifica la decisión de la sentencia apelada, al entender: en primer lugar, que el criterio del vencimiento previsto en el art. 84.3 LC debe interpretarse de forma flexible, de tal forma que puede alterarse para realizar gastos necesarios e imprescindibles para las operaciones de liquidación; y, en segundo lugar, que el orden de prelación establecido en el art. 176 bis 2 LC debe operar desde que aflora la insuficiencia de masa activa, sin que sea necesario esperar la comunicación de la administración concursal.

6. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la TGSS, sobre la base de dos motivos de casación.

SEGUNDO. *Formulación del recurso de casación*

1. El motivo primero denuncia la infracción, por aplicación indebida, del art. 176 bis 2 LC ; así como la infracción, por interpretación errónea, de la disposición transitoria 11ª de la Ley 38/2011 , y los arts. 2.3 CC y 9.3 CE . También denuncia la infracción de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 58/2012, de 22 de febrero , cuando razonaba: «la cuestión de preferencia de pago no puede decidirse conforme al art. 176bis de la Ley 22/2003 de 9 de julio , redactada según la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y en vigor desde el uno de enero de dos mil dos. Lo impiden elementales razones de derecho transitorio y, al fin, de seguridad jurídica...».

2. El motivo segundo denuncia la infracción por inaplicación lo dispuesto en los arts. 84.3 y 154 de la Ley Concursal , en su versión anterior a la modificación por la Ley 38/2011, en relación con la interpretación errónea y la aplicación indebida del nuevo art. 176 bis.



En el desarrollo del motivo se argumenta que lo que postula la TGSS es «el pago de la deuda contra la masa a su respectivo vencimiento en aplicación de la norma que estaba en vigor cuando se generó la deuda, cuando se reclamó por mi representada y cuando se reconoció por la administración concursal».

Luego añade que durante la fase común, en que rige el art. 84.3 LC, no puede operar el art. 176 bis LC mientras no se cumpla el requisito de la insuficiencia de la masa activa. E insiste en que «el art. 176 bis no puede validar los pagos que hizo la administración concursal desde la fecha de declaración de concurso sin seguir el orden de vencimiento, puesto que supondría admitir un fraude de Ley»

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

TERCERO. *Desestimación del recurso de casación*

1. *Jurisprudencia sobre el orden de prelación previsto en el art. 176 bis 2 LC.*

La sala ya se ha pronunciado en varias ocasiones, posteriores a que fuera dictada la sentencia que ahora se recurre en casación, sobre cuándo debe operar el orden de prelación de créditos del art. 176 bis 2 LC. En concreto, en la sentencia 306/2015, de 9 de junio, ratificada por otras posteriores (sentencias 310/2015, de 11 de junio; 305/2015, de 10 de junio; 152/2016, de 11 de marzo; 187/2016, de 18 de marzo). Y más recientemente en la sentencia 225/2017, de 6 de abril. Debemos partir de esta doctrina jurisprudencial.

La reforma introducida en la Ley Concursal por la Ley 38/2011, trasladó al art. 84.3 LC la previsión, antes contenida en el primer inciso del apartado 2 del art. 154 LC, relativa a que los créditos contra la masa deben pagarse a sus respectivos vencimientos. No obstante, permite que la administración concursal pueda «alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa». Y, a renglón seguido, el precepto añade que esta postergación no puede afectar a determinados créditos, entre los que se encuentran los de la Seguridad Social.

Esta regulación se complementa con la contenida en el art. 176bis.2 LC, para el caso en que aflore que la insuficiencia de la masa activa impide pagar todos los créditos contra la masa:

«Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

»Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación:

- 1.º Los créditos salariales de los últimos treinta días de trabajo efectivo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.
- 2.º Los créditos por salarios e indemnizaciones en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago.
- 3.º Los créditos por alimentos del artículo 145.2, en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.
- 4.º Los créditos por costas y gastos judiciales del concurso.
- 5.º Los demás créditos contra la masa».

Esta normativa sustituye a la previsión contenida en el art. 84.3 LC, de que en caso de insuficiencia de masa activa, los créditos contra la masa debían pagarse por su orden de vencimiento. Una vez comunicada por la administración concursal la insuficiencia de la masa activa para pagar todos los créditos contra la masa, su pago debe ajustarse al orden de prelación del apartado 2 del art. 176 bis LC, al margen de cuál sea su vencimiento. De hecho, dentro de cada orden tampoco se tiene en cuenta la fecha de vencimiento, sino que expresamente está prescrito que se paguen a prorrata. En el caso de los créditos de la Seguridad Social que ahora se reclaman, deben pagarse en quinto lugar, junto con los restantes créditos contra la masa no incluidos en los números anteriores.

2. La controversia sobre la aplicación temporal del art. 176bis.2 LC a un caso como el presente, también fue resuelta en sentencia 306/2015, de 9 de junio. Razonábamos en aquella sentencia que la invocada Ley 38/2011, de 10 de octubre, contiene una disposición transitoria específica, la 11ª:

«El artículo 176 y el 176 bis -con la salvedad de su apartado 4-, así como los artículos 178 y 179 de la Ley Concursal, modificados por esta ley, comenzarán a aplicarse a los concursos en tramitación a la fecha de su entrada en vigor.»



Conforme a esta disposición transitoria, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, que ocurrió con carácter general el 1 de enero de 2012 (disposición final 3ª.1), el régimen consiguiente a la comunicación de insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa del art. 176bis.2 LC resulta de aplicación a los concursos en tramitación. Por el propio contenido de la regulación, basta que la administración concursal constatare la situación de insuficiencia de masa activa para que pueda formular la comunicación y con ella se aplique el orden de prelación de pagos previsto en aquel precepto.

La disposición transitoria 11ª de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con la interpretación que acabamos de hacer, se acomoda al art. 2.3 CC y no contraría la prohibición contenida en el art. 9.3 CE. Es una disposición legal específica, que regula expresamente la aplicación transitoria de una norma legal, que no conlleva ninguna aplicación retroactiva de disposición sancionadora o restrictiva de derechos individuales alguna.

Lo argumentado hasta ahora no se contradice con la invocada sentencia de esta Sala Primera del Tribunal Supremo 58/2012, de 22 de febrero, porque en aquel caso el incidente concursal de reclamación del crédito contra la masa de la TGSS fue anterior a la entrada en vigor de la Ley 38/2011, por lo que no cabía resolver la controversia mediante la aplicación de una norma que entró en vigor estando la cuestión pendiente del recurso de casación. A eso nos referíamos con la indicación de que impedían la aplicación del art. 176bis.2 LC «elementales razones de derecho transitorio y, al fin, de seguridad jurídica...».

3. Por si existiera alguna duda en relación con el momento a partir del cual debe aplicarse este orden de prelación de créditos, en la sentencia 305/2015, de 10 de junio, declaramos:

«Las reglas de pago contenidas en el art. 176bis.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».

Y de hecho, en la sentencia 305/2015, de 10 de junio, entendimos que, como la declaración de insuficiencia de activo había sido realizada por la administración concursal como una reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación del crédito contra la masa, en ese caso no podían oponerse los efectos previstos en el art. 176 bis.2 LC para la prelación de créditos respecto de los créditos contra la masa reclamados por la TGSS en aquel incidente concursal.

En consecuencia, el orden de prelación de créditos previsto en el art. 176 bis. 2 LC sólo resulta de aplicación a partir de que la administración concursal comunica expresamente la insuficiencia de la masa activa. Lo que implica que si, como es el caso, no se había realizado tal comunicación, no podía 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.

4. En relación con el motivo segundo, conviene reiterar la jurisprudencia contenida en las sentencias 306/2015, de 9 de junio, 310/2015, de 11 de junio, y 311/2015, de 11 de junio, que fue más tarde sintetizada por la sentencia 187/2016, de 18 de marzo, en estos términos:

«las reglas de pago contenidas en el art. 176bis.2 LC, en concreto el orden de prelación, se aplican necesariamente desde la 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. Con ello rechazamos nuevamente la interpretación de que sólo se aplican a los créditos contra la masa posteriores a la comunicación. Se aplican a los ya vencidos y a los que pudieran vencer con posterioridad.

»Esta regla de prelación de créditos no deja de ser la solución al fracaso del propio concurso de acreedores, en cuanto que genera más gastos prededucibles que el valor de masa activa y da lugar a un «concurso de acreedores de créditos contra la masa» dentro del propio concurso. Este «concurso del concurso» provoca la necesidad de concluir cuanto antes para no generar más créditos contra la masa y ordenar el cobro de los ya vencidos. Por eso se aplica a todos los pendientes de pago.

»Conforme a la propia dicción del art. 176bis.2 LC, la regla del pago a su vencimiento cesa y es sustituida por la del pago conforme al reseñado orden de prelación. El crédito vencido con anterioridad no tiene derecho a ser pagado al margen de dicho orden de prelación, sino que se ve igualmente afectado por este orden, con independencia de que el administrador concursal haya podido incurrir en responsabilidad por no haber cumplido o respetado, antes de la comunicación, el orden de los vencimientos en la satisfacción de los créditos contra la masa, que es la queja que subyace al recurso de la TGSS».

5. Justificación de los pagos controvertidos. En cualquier caso, de acuerdo con lo argumentado hasta ahora, como al tiempo de realizarse los pagos reseñados en el informe trimestral de abril de 2014, no se había realizado la comunicación de insuficiencia de la masa activa, para resolver la controversia no resulta de aplicación el art. 176 bis 2 LC, sino el art. 84.3 LC, al que hemos hecho referencia antes.



Con arreglo al art. 84.3 LC , el criterio para determinar la prelación en el pago de los créditos contra la masa es el orden de vencimiento, sin perjuicio de las excepciones que hemos establecido en otras ocasiones. Así, por ejemplo, en la sentencia 225/2017, de 6 de abril , hacíamos referencia a los «gastos imprescindibles para la realización de las operaciones de liquidación y pago, y por ello pre-deducibles», cuyo pago estaba justificado que fuera realizado con preferencia a otros créditos contra la masa de vencimiento anterior.

Hemos de partir de la anterior doctrina para juzgar en el caso concreto si se respetó el orden de vencimiento y, en los casos en que no fuera así, si estaba justificado el pago por tratarse de pagos pre-deducibles, en la medida en que eran imprescindibles para la realización de las operaciones de liquidación y pago.

En el marco de esta doctrina, debemos advertir que el recurso de apelación no impugnó la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia sobre el carácter imprescindible para las operaciones de liquidación de los pagos cuestionados.

En consecuencia, aunque la interpretación realizada por la Audiencia sobre la aplicación del orden de prelación de créditos del art. 176 bis.2 LC a los casos en que existe una insuficiencia de masa activa, sin que exista la previa comunicación de la administración concursal, es contraria a nuestra jurisprudencia, el recurso carece de efecto útil, pues en la medida en que la TGSS no impugnó el carácter imprescindible para las operaciones de liquidación de los pagos cuestionados, no es posible juzgar en el presente caso si se alteró el orden de pago previsto en el art. 84.3 LC , según ha sido interpretado por la sala.

TERCERO. Costas

Desestimado el recurso de casación, procede imponer a la Tesorería General de la Seguridad Social las costas causadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (sección 1ª) de 25 de febrero de 2015 (rollo núm. 5/2015), que conoció de la apelación interpuesta frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo de 27 de octubre de 2014 (incidente concursal 758/2014). **2.º-** Imponer al recurrente las costas ocasionadas con su recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.