



Roj: **STS 3725/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3725**

Id Cendoj: **28079110012017100537**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2017**

Nº de Recurso: **109/2015**

Nº de Resolución: **571/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 711/2014,**
STS 3725/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 513/2014 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 161/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación dicho Letrado en calidad de recurrente y la procuradora doña María Soledad Ruiz Bullido en nombre y representación de don Sabino, Administrador Concursal de Ambulancias Lugo S.L., en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso demanda incidental con el fin de obtener el pago de determinados Créditos contra la Masa comunicados en su día a la Administración Concursal y reconocidos por sentencia del Juzgado de lo Mercantil 19/9/2012 (ICO 855/2009 002), y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se acuerde:

«Que el crédito contra la masa certificados por esta representación respecto de las cuotas de Seguridad Social devengadas durante el periodo 5/2009 a 1/2012 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».

SEGUNDO .- Don Sabino economista-auditor designado administrador concursal en el Concurso Abreviado 855/2009 seguido a instancias del deudor Ambulancias Lugo S.L., mediante auto del Juzgado Mercantil de Lugo fechado el 28 de mayo de 2009, y declarada disuelta en Liquidación por auto de dicho Juzgado de fecha 23 de febrero de 2012, presento escrito contestando a la demanda incidental presentada por la Tesorería General de la Seguridad Social contra esta Administración Concursal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se acuerde:

«Que 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».



TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lugo, dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«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 Ambulancias Lugo S.L., sin que proceda efectuar un especial pronunciamiento en cuanto a las costas».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se desestima el recurso de apelación.

»Se confirma la resolución recurrida.

»No se hace especial imposición de costas».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación por interés casacional la representación procesal de la Tesorería de la Administración de la Seguridad Social con apoyo en un único motivo: Primero.- Artículo 477.2.3.º por infracción del artículo 176 bis 2 de la Ley Concursal , en relación con el artículo 84.3 de la misma Ley .

SEXTO .- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 2 de noviembre de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Soledad Ruiz Bullido, en nombre y representación de don Sabino presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de julio del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

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

Con fecha de 29 de mayo de 2009, la entidad Ambulancias Lugo S.L. fue declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado de Primera Instancia, núm. 2, de Lugo.

Por sentencia de dicho juzgado, de fecha 3 de junio de 2010 , se aprobó el convenio propuesto por la concursada. Ante la imposibilidad de cumplimiento del citado convenio, la concursada solicitó la apertura de la fase de liquidación, que fue acordada por auto de 23 de febrero de 2012.

Por sentencia de 19 de septiembre de 2012, se reconocieron como créditos contra la masa los créditos que ostentaba la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) por el impago de las cuotas correspondientes al periodo comprendido entre mayo de 2009 y enero de 2012.

2. La TGSS interpuso demanda en la que solicitaba que se declarara que el crédito contra la masa que tenía reconocido, y que ascendía a 112.669,82 €, era preferente a los créditos pagados por la administración concursal. En particular respecto de los créditos correspondientes al suministro de combustible, reparaciones de ambulancia y telefonía, créditos por honorarios de la administración concursal y, finalmente, créditos correspondientes a gastos de asesoría laboral para la llevanza de la contabilidad, impuestos, nóminas, etc.

3. El juzgado de lo mercantil consideró que la controversia planteada por la TGSS era eminentemente jurídica. Así, en primer lugar, dicha controversia se centraba en determinar qué criterios de pago había de aplicarse en el presente caso respecto de los créditos contra la masa, si el puro del vencimiento del artículo 84.3 LC , sin posibilidad de postergación para los créditos de la TGSS, o bien otro criterio más flexible teniendo en cuenta otros factores. En segundo lugar, la controversia también se centraba en si resultaba aplicable el artículo 84.3 LC , o más bien, el artículo 176 bis.2 LC .

En este contexto, con relación a la primera cuestión, consideró la necesidad de admitir excepciones a lo dispuesto en el artículo 84.3 LC , siempre que fueran en interés del concurso y del conjunto de los acreedores. En este sentido, consideró que el interés superior del concurso puede aconsejar el que se anteponga el pago de determinados créditos alterando el principio de vencimiento, de forma que puedan anteponerse, frente a créditos ya vencidos y frente a los créditos prioritarios, aquellos otros que garanticen o



favorezcan la continuidad del negocio o aquellos créditos imprescindibles para preservar la masa, como los gastos necesarios para incorporar a ésta aquéllos bienes o derechos que deben integrarse en ella mediante reclamaciones contra terceros o acciones de reintegración, entre los que cabría incluir los de abogado y procurador.

Con relación a la segunda cuestión, el juzgado entendió que la regla de prelación de créditos prevista en el citado precepto debía operar desde que aflorara la insuficiencia patrimonial de la masa activa del concurso, sin que pudiera atribuirse eficacia constitutiva a la comunicación de la administración concursal de la insuficiencia de la masa activa. A su vez, dado este razonamiento, y la constancia de que cuando se hicieron los pagos controvertidos ya había insuficiencia de masa activa, también se pronunció sobre el carácter imprescindible de los pagos realizados. De forma que los pagos cuestionados quedaban justificados por criterios de oportunidad (conveniencia e imprescindibilidad para la liquidación del concurso) y no de vencimiento, tal y como sustentaba la TGSS.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la TGSS.

En dicha apelación la TGSS ciñó su recurso exclusivamente a la improcedencia del orden de pago del artículo 176 bis.2, sin combatir el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia acerca del carácter imprescindible de todos los pagos controvertidos para la liquidación del concurso.

La Audiencia desestimó el recurso, y ratificó la decisión y los razonamientos de la sentencia apelada.

5. La sentencia de apelación es recurrida en casación por la TGSS, sobre la base de un único motivo de casación.

SEGUNDO.- Recurso de casación.

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del artículo 176 bis. 2 LC , introducido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

En el desarrollo del motivo se argumenta por qué el orden de prelación previsto en el citado precepto requiere que previamente se haya producido la comunicación acerca de la insuficiencia de la masa activa del concurso por parte de la administración concursal, supuesto que no se dio en el presente caso. Por lo que debió aplicarse el criterio de vencimiento.

2. El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

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 realizado la comunicación por la administración concursal, no puede pretenderse la aplicación de dicho orden de prelación por el hecho de que en el momento de los pagos controvertidos ya hubiera insuficiencia de la masa activa del concurso.

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 improcedencia del orden de pago previsto en el artículo 176 bis.2 LC , cual es que tanto los créditos correspondientes a suministro de combustible, reparaciones de ambulancias y telefonía, como las derivadas de los gastos de asesoría laboral, fueron imprescindibles para concluir la liquidación. Y este pronunciamiento no fue recurrido expresamente en la apelación por la TGSS, que ciñó su recurso exclusivamente a la cuestión de la aplicación del artículo 176 bis 2 LC .

En consecuencia, debe desestimarse el recurso de casación.

Como ya hemos declarado en la sentencia 225/2017, de 6 de abril , aunque resulte de aplicación el orden de prelación del artículo 84.3 LC , puede haber gastos prededucibles cuyo pago no tiene por qué respetar la preferencia de otros créditos de vencimiento anterior, como sucede en este caso con los gastos señalados.

TERCERO.- Costas y depósitos.

1. La desestimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por dicho recurso se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto el artículo 398. 1 LEC .



2. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

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

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada, con fecha 14 de noviembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 513/2014 . **2.** Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente. **3.** Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición de dicho recurso. Líbrense 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. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ