



Roj: **STS 3749/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3749**

Id Cendoj: **28079110012015100462**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/06/2015**

Nº de Recurso: **1644/2013**

Nº de Resolución: **305/2015**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 152/2013,**
STS 3749/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como consecuencia de autos de demanda incidental de pago de créditos seguidos ante el Juzgado de Primera de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián.

El recurso fue interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por el Letrado de la Seguridad Social.

Es parte recurrida la entidad concursada Igeriketa Lantzen S.L., que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso demanda incidental de pago de créditos contra la masa ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, contra la entidad concursada Igeriketa Lantzen S.L. para que se dictase sentencia:

"reconociendo el importe y periodos de deuda contra la masa y ordenando el pago de los créditos contra la masa por orden de vencimiento conforme disponía el art. 154 de la LECO y ahora dispone el art. 84.3."

2. El administrador concursal Roman , en representación de la administración concursal de la entidad Igeriketa Lantzen S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se estime la demanda en cuanto a la cantidad correspondiente como deudas contra la masa acogándose para el pago a lo mencionado en el art. 176 bis 2 de la L.C .".

3. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2012 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Estimar en parte la demanda incidental formulada por la TGSS reconociendo el crédito contra la masa que ostenta la actora, 142.456,84 euros y los periodos de la misma y ordenando el pago de tales créditos por el orden de prelación que establece el art. 176 bis 2. de la L.C .".

Tramitación en segunda instancia

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

La resolución de este recurso correspondió a la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, mediante Sentencia de fecha 23 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 20 de noviembre de 2012 por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián en autos número 713/2011, confirmando la misma.

No procede efectuar expreso pronunciamiento en materia de costas causadas en la alzada."

Interposición y tramitación del recurso de casación

5. El Letrado 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 Guipúzcoa, sección 2ª.

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, de Ordenación Económica-Concursos. Infracción por interpretación errónea de la Disposición Transitoria 11ª de la Ley 38/2011, el 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, de Ordenación Económica-Concursos, en la versión anterior a la modificación por la Ley 38/2011, en relación a la interpretación errónea y la aplicación indebida del nuevo art. 176 bis."

6. Por diligencia de ordenación de 28 de junio de 2013, la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por el Letrado de la Seguridad Social.

La entidad Igeriketa Lantzen S.L. no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 18 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la Sentencia dictada, en fecha 23 de mayo de 2013, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), en el rollo de apelación nº 2132/2013 dimanante de los autos de incidente concursal nº 715/2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 Donostia- San Sebastián."

9. Al no solicitarse por todas la partes personada la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de mayo de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Ignacio Sancho Gargallo**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

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

La entidad Igeriketa Lantzen, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 29 de julio de 2011. Con posterioridad se han generado créditos contra la masa a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) por importe de 142.456,84 euros.

El administrador concursal, el 5 de octubre de 2012, puso en conocimiento del juzgado la insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, de conformidad con lo previsto en el art. 176bis.2 LC.

2. Con anterioridad, el 3 de septiembre de 2012, la TGSS había interpuesto el presente incidente concursal para reclamar el pago de estos créditos concursales.

El juzgado mercantil estima parcialmente la demanda, reconoce el crédito contra la masa reclamado por la TGSS de 142.456,84 euros, pero dispone que sea pagado en los términos establecidos por el art. 176bis.2 LC. Este precepto prevé el orden de prelación de pago que debe seguir la administración concursal después de haber comunicado formalmente al juzgado la insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa.



3. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por la TGSS y ratifica el criterio del juzgado mercantil. La Audiencia razona que resulta de aplicación el régimen jurídico que respecto del pago de los créditos contra la masa introdujo la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y en concreto el art. 176bis.2 LC. Este precepto ha sustituido al apartado 3 del originario art. 154 LC, según el cual, caso de no resultar suficientes los bienes para el pago de los créditos contra la masa, lo obtenido en la liquidación se debía distribuir entre los créditos contra la masa por el orden de su vencimiento. Ahora el art. 176bis.2 LC sustituye este criterio por el pago conforme a un específico orden de prelación.

La sentencia de apelación es recurrida en casación por la TGSS.

Recurso de casación

4. *Formulación de los motivos primero y segundo*. El motivo primero denuncia la infracción por interpretación errónea de la disposición transitoria 11ª de la Ley 38/2011, del art. 2.3 CC y del art. 9.3 CE. También se 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...».

En el desarrollo del motivo la TGSS resalta que el concurso fue declarado el 29 de julio de 2011, la TGSS había venido reclamando el pago de la deuda contra la masa durante la tramitación del concurso, que se había generado desde julio de 2011. Conforme a su disposición final 3ª, la Ley 38/2011 entró en vigor el 1 de enero de 2012. Como el crédito contra la masa debía abonarse a su vencimiento, y este ocurrió antes de la entrada en vigor de esta reforma, debía aplicarse la normativa anterior, según la cual, en caso de insuficiencia de la masa activa, del pago de los créditos contra la masa debía hacerse atendiendo al orden de sus vencimientos.

El *motivo segundo* denuncia la infracción de los arts. 84.3 y 154 LC, en la versión anterior a la modificación introducida por la ley 38/2011, y la interpretación errónea y aplicación indebida del art. 176bis.2 LC.

En el desarrollo del motivo se razona que lo que se pretende 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 o, por lo menos, cuando se reclamó por la TGSS a la administración concursal.

Se añade al final, que el art. 176bis.2 LC no puede validar los pagos que hubiera realizado la administración concursal sin seguir el orden del vencimiento, puesto que supondría admitir un fraude de ley en el procedimiento concursal.

Procede estimar el motivo primero por las razones que exponemos a continuación.

5. *Estimación del motivo primero*. En relación con la cuestión ahora controvertida en casación, el originario art. 154 de la Ley Concursal prescribía, además del carácter prededucible de los créditos contra la masa (apartado 1), que: i) debían satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que fuera el estado del concurso (primer inciso del apartado 2); ii) las deducciones para atender a su pago se harían con cargo a los bienes y derechos del concursado que no estuvieran afectos al pago de créditos con privilegio especial (primer inciso del apartado 3); y iii) «en caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuiría entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos» (último inciso del apartado 3).

La reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, mantiene en el art. 154 LC el carácter prededucible de los créditos contra la masa y que las deducciones para el pago de estos créditos se hagan con cargo a los bienes y derechos del concursado que no estuvieran afectos al pago de créditos con privilegio especial.

La reforma traslada 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 ».

Como ya hemos apuntado, esta normativa sustituye a la previsión contenida en el anterior art. 154.3 LC, de que en caso de insuficiencia de masa activa, los créditos contra la masa debían pagarse por su orden de vencimiento. Ahora, una vez comunicado 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. 176bis LC, al margen de cual 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.

6. 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. Con ello rechazamos 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.

El remedio frente al quebranto que puede suponer para la TGSS que su crédito contra la masa no haya sido satisfecho a su vencimiento, y sin embargo otros créditos contra la masa de vencimiento posterior sí lo hayan sido antes de la comunicación de insuficiencia de masa activa, con el efecto consiguiente de verse afectado por el orden de prelación del art. 176bis.2 LC, no es la inaplicación de este orden de prelación.

7. No obstante lo razonado hasta ahora sobre la interpretación del art. 176bis.2 LC, en el presente caso concurren una circunstancia muy relevante, que lo distingue de otros casos anteriores en lo que se ejercitaba la misma pretensión: cuando la TGSS interpuso su demanda de incidente concursal en al que reclama el pago de su crédito contra la masa en atención al criterio del vencimiento, la administración no había realizado la comunicación al juzgado de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa. Esta comunicación constituye el presupuesto legal, contenido en el art. 176bis.2 LC para que opere el orden de prelación de pago previsto en dicho precepto. Si al tiempo de presentarse la demanda no se había realizado aquella comunicación, no cabe oponerle aquel orden de prelación de pago, distinto del vencimiento, como consecuencia de la comunicación que la administración concursal realizó con posterioridad, una vez se le dio traslado de la demanda de la TGSS.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación, dejar sin efecto la sentencia de apelación. En su lugar, como tribunal de instancia estimamos el recurso de apelación de la TGSS, en el sentido de tener por estimada la demanda y declarar que el pago de su crédito contra la masa de 142.456,84 euros se haga con arreglo al criterio de su vencimiento, sin que le resulte oponible la prelación de créditos del art. 176bis.2 LC.

Costas



8. Estimado el recurso de casación, no procede imponer a ninguna de las partes las costas generadas por el recurso (art. 398.2 LEC).

Estimado el recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa condena de las costas originadas en la segunda instancia (art. 398.2 LEC).

Aunque la estimación de la apelación ha dado lugar a que se estimaran íntegramente las pretensiones ejercitadas por la TGSS en primera instancia, no procede imponer a la demandada las costas en atención a la seria duda que suscita la normativa aplicable (art. 394 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación formulado por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (sección 2ª) de 23 de mayo de 2013 (rollo núm. 2132/2013), que dejamos sin efecto.

En su lugar acordamos la estimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 20 de noviembre de 2012 (incidente concursal núm. 715/2012), en el sentido de estimar íntegramente la demanda formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social y declarar que tiene derecho a que se le pague su crédito contra la masa de 142.456,84 euros con arreglo al criterio de su vencimiento.

No hacemos expresa condena de las costas generadas por los recursos de casación y de apelación. Tampoco imponemos las costas de la primera instancia a la parte demandada.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Ignacio Sancho Gargallo** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.