



Roj: **ATS 10704/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:10704A**

Id Cendoj: **28079110012015202953**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/11/2015**

Nº de Recurso: **2000/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil quince.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Por la representación procesal de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL con fecha 23 de julio de 2013 se ha interpuesto recurso de casación contra la Sentencia dictada en fecha 13 de junio de 2013 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Segunda), en el rollo de apelación nº 2180/2013 dimanante de incidente **concurzal** sobre calificación/pagos de créditos contra la masa nº 26/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián.

2.- Por diligencia de ordenación de fecha 2 de septiembre de 2013 se acordó la remisión de los autos originales a esta Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes ante esta Sala, habiéndose notificado a las mismas.

3.- Recibidos los autos en este Tribunal y formado el presente rollo, la Letrada de la Seguridad Social, en nombre y representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, presentó escrito ante esta Sala con fecha 19 de septiembre de 2013 personándose en calidad de parte recurrente. El Abogado del Estado, en nombre y representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, presentó escrito ante esta Sala con fecha 10 de octubre de 2013, personándose en calidad de parte recurrida.

4.- Por providencia de fecha 9 de septiembre de 2015 se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión del recurso a las partes personadas.

5.- Mediante escrito presentado el día 25 de septiembre de 2015 la parte recurrente muestra su oposición a las causas de inadmisión puestas de manifiesto, entendiendo que el recurso cumple todos los requisitos exigidos en la LEC para acceder a la casación. La parte recurrida no ha formulado alegaciones tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión.

6.- Por la parte recurrente no se ha efectuado el depósito para recurrir exigido por la disposición adicional 15ª de la **Ley** Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial al estar exento de su constitución dada su condición pública.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Marin Castan, a los solos efectos de este trámite.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un incidente **concurzal** sobre calificación/pagos de créditos contra la masa en el que la parte demandante, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, solicita se declare la improcedente aplicación del artículo 176 bis de la **Ley Concurzal** para el pago del crédito de la TGSS, reconociendo el importe total de la deuda contra la masa certificado por



importe de 98.195,51 euros y reconociendo las fechas de sus vencimientos y ordenando el pago inmediato de la totalidad de la deuda contra la masa por tratarse de deudas sobradamente vencidas.

Tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación estimaron parcialmente la demanda relativa al pago de créditos contra la masa formulada por la TGSS, cifrando los mismos en 98.195,51 euros y disponiendo que se paguen en los términos establecidos por el artículo 176 bis.2 de la **Ley Concursal**. 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. Pues bien, afirman dichas resoluciones que 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. 176 bis.2 LC sustituye este criterio por el pago conforme a un específico orden de prelación.

El presente procedimiento fue tramitado en atención a la materia por lo que su acceso a la casación habrá de hacerse a través del ordinal 3º del art. 477.2 LEC.

2.- El escrito de interposición del RECURSO DE CASACIÓN se articula en **dos motivos**, con base en la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años.

En el **motivo primero**, se citan como preceptos legales infringidos el artículo 176 bis.2 de la **Ley Concursal**, así como la 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. 176 bis 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, se seguridad jurídica...»*.

En el desarrollo del motivo la TGSS resalta que el concurso fue declarado el 1 de julio de 2009, la TGSS había venido reclamando el pago de la deuda contra la masa desde el día de la declaración del concurso. 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.

Por último, en el **motivo segundo**, se 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. 176 bis.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. 176 bis.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**.

3.- Pues bien, a la vista de lo expuesto, el recurso de casación no puede prosperar al incurrir en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años (art. 483.2.3º, en relación con el art. 477.2.3 de la LEC).

Esta Sala recientemente se ha pronunciado sobre esta cuestión en las Sentencias de fechas 9 y 11 de junio de 2015, recursos nº 1665/2013 y 2457/2013, las cuales establecen la siguiente doctrina en la materia aquí suscitada:

"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 **concurzal** 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. 176 bis.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 **concurzal** lo comunicará al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas.

»Desde ese momento, la administración **concurzal** 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 **concurzal** 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 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.

7. 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. 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. 176 bis.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 **concurzal** 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. 176 bis.2 LC , no es la inaplicación de este orden de prelación.

Lo argumentado hasta ahora no se ve alterado por el hecho de que antes de la comunicación de insuficiencia de la masa activa hubiera habido una reclamación extrajudicial de la TGSS frente a la administración **concurzal**, reclamando el pago del crédito contra la masa.



8. Por lo que se refiere a la controversia de la aplicación temporal del art. 176 bis.2 LC al presente caso, la **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. 176 bis.2 LC resulta de aplicación a los concursos en tramitación. Por el propio contenido de la regulación, basta que la administración **concursal** constate 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.

En nuestro caso, la administración **concursal** realizó la comunicación de insuficiencia de masa activa el 25 de enero de 2012, después de la entrada en vigor del precepto. Al respecto, resulta irrelevante que los créditos contra la masa pendientes de pago hubieran vencido antes de la entrada en vigor la **Ley 38/2011**, pues el presupuesto de aplicación de la nueva regla de pago de los créditos contra la masa en caso de insuficiencia de masa activa no es el vencimiento de los créditos, sino la insuficiencia de la masa activa. Basta que, después del 1 de enero de 2012, la administración **concursal** hubiera comprobado la insuficiencia de masa activa para pagar los créditos contra la masa, para que pudiera formular la comunicación al juzgado y aplicar a partir de entonces el orden de prelación de pagos del art. 176 bis.2 LC.

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. 176 bis.2 LC «elementales razones de derecho transitorio y, al fin, de seguridad jurídica...».

Aplicada tal doctrina al presente caso el recurso de casación ha de ser inadmitido al incurrir en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida. Y ello es así porque si bien el vencimiento del crédito contra la masa fue anterior a la entrada en vigor de la norma ahora discutida, lo cierto es que la administración **concursal** realizó la comunicación de insuficiencia de masa activa el 1 de febrero de 2013, después de la entrada en vigor del precepto, siendo por tanto aplicable el orden de prelación contenido en el artículo 176 bis. 2 de la **Ley Concursal**, tal y como concluyeron las sentencias de primera instancia y apelación.

En consecuencia, establecida doctrina por esta Sala sobre la cuestión suscitada, interpretando el artículo 176 bis.2 de la **Ley Concursal** y siendo tal doctrina la aplicada por la sentencia recurrida, determina la inexistencia del interés casacional alegado al no existir contradicción con la jurisprudencia de esta Sala, debiendo recordarse que solo una vulneración de la nueva jurisprudencia establecida determinará el acceso al recurso por la vía del interés casacional. En conclusión, atendida la doctrina actual en la materia el "interés casacional" aducido es meramente artificioso y, por ende, inexistente, lo que determina la concurrencia de la causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.3º, inciso segundo, de la LEC.

4.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y firme la Sentencia, de conformidad con lo previsto en el art. 483.4 LEC, dejando sentado el art. 483.5 que contra este Auto no cabe recurso alguno, sin que proceda hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.

LA SALA ACUERDA

1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia dictada en fecha 13 de junio de 2013 por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Segunda), en el rollo de apelación nº 2180/2013 dimanante de incidente **concursal** sobre calificación/pagos de créditos contra la masa nº 26/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de San Sebastián.

2º) DECLARAR FIRME dicha Sentencia.



3º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo por este Tribunal la notificación de la presente resolución a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta Sala.

De conformidad con lo dispuesto en los art. 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como Secretario, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ