



Roj: **STS 1212/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1212**

Id Cendoj: **28079110012016100166**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/03/2016**

Nº de Recurso: **2636/2013**

Nº de Resolución: **187/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJMer, Donostia-San Sebastián, núm. 1, 07-03-2013,**
SAP SS 1237/2013,
STS 1212/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Marzo de dos mil dieciséis.

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

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

Es parte recurrida la entidad Maquinaria CME, S.A., representada por el procurador José Luis Martín Jaurebibeitia y la administración concursal de la Sociedad Mercantil Maquinaria CME S.A., representada por el procurador Miguel Ángel Ayuso Morales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 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 reconocimiento y pago de créditos contra la masa ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, contra la entidad concursada Maquinaria CME, S.A. y la administración concursal, para que se dictase sentencia:

«reconociendo el importe total de deuda contra la masa certificada por importe de 344.843,85 € reconociendo las fechas de sus vencimientos y ordenando el pago inmediato de las cuotas ya vencidas».

2. Juan Francisco , Armando e Constantino , administradores concursales de la entidad Maquinaria CME S.A., contestaron a la demanda y suplicaron al Juzgado dictase sentencia:

«desestimatoria de la demanda y absolutoria para la Administración concursal frente a las peticiones deducidas contra la misma, con expresa imposición de costas a la parte actora y, subsidiariamente, dictar sentencia en la que, estimando parcialmente la demanda, se ordene a la Administración Concursal al pago de las cuotas de la Tesorería General de la Seguridad Social que figuran en la certificación acompañada como documento nº 1 de la demanda, exclusivamente hasta la cantidad de 252.964,01 euros, con el criterio general del artículo 84.3 de la Ley Concursal y respetando los vencimientos de los créditos contra la masa del artículo 84.2.2º y 3º de la Ley Concursal ».



3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián/Donostia dictó Sentencia con fecha 7 de marzo de 2013 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Se estima en parte la demanda relativa al pago de créditos contra la masa formulada por la TGSS, reconociendo el importe total de deuda certificada por importe de 344.843,85 euros, reconociendo la fecha de sus vencimientos y disponiendo el pago de los créditos contra la masa de la actora por orden de vencimiento, en tanto no se haga la comunicación a que se refiere el art. 176 bis L.C .

»No se hace pronunciamiento en 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.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa mediante Sentencia de 30 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la sentencia de fecha 7 de marzo de 2013 , confirmando dicha resolución sin especial pronunciamiento en costas».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso casación*

1. 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 de lo dispuesto en la nueva versión del art. 176 bis 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, por aplicación indebida e interpretación errónea en la sentencia. Infracción por errónea aplicación de la Disposición Transitoria Undécima de la Ley 38/2011 y el art. 2.3 del Código Civil y art. 9.3 de la Constitución .

2º) 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 ».

2. Por diligencia de ordenación de 11 de noviembre 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.

3. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la Tesorería General de la Seguridad Social, asistida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social; y como parte recurrida la entidad Maquinaria CME, S.A., representada por el procurador José Luis Martín Jaurebuitia y la administración concursal de la Sociedad Mercantil Maquinaria CME S.A., representada por el procurador Miguel Ángel Ayuso Morales.

4. Esta Sala dictó Auto de fecha 28 de octubre de 2015 , 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, el día 30 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª), en el rollo de apelación n.º 2235/2013 , dimanante del incidente concursal nº 1090/2012, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia».

5. Dado traslado, las representaciones procesales de la entidad Maquinaria CME, S.A. y la administración concursal de la Sociedad Mercantil Maquinaria CME S.A., presentaron escritos de oposición al recurso de casación formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo de 2016, en que ha tenido lugar.

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

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.

La entidad Maquinaria CME, S.A. fue declarada en concurso de acreedores el 12 de abril de 2010. Con posterioridad, durante el periodo comprendido entre abril y julio de 2010, se han generado créditos contra la masa a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), que suman la cantidad de 344.843,50 euros.

Interpuesto por la TGSS el presente incidente concursal en reclamación de sus créditos contra la masa, el juzgado mercantil dictó sentencia el día 7 de marzo de 2013, en la que reconoció un crédito contra la masa de la TGSS por un importe total de 344.843,50 euros. Aunque advirtió que su pago debía hacerse por el orden de vencimiento, en tanto no se hiciera la comunicación de insuficiencia de activo del art. 176bis.2 LC.

Después, el día 20 de mayo de 2013, la administración concursal realizó, al juzgado que tramitaba el concurso, la comunicación de insuficiencia de activo.

2. La Audiencia desestimó el recurso de la TGSS y ratificó la sentencia de primera instancia. La sentencia de primera instancia, pese a que al tiempo de ser dictada la administración concursal no había realizado la comunicación de insuficiencia de activo, ni se refirió a ella en su contestación, expresamente declaró la procedencia de aplicar el orden de prelación previsto en el art. 176bis.2 LC en cuanto se efectuara la comunicación de insuficiencia de activo, con base en la Disposición Transitoria 11ª de la Ley 38/2011. La Audiencia entiende que este criterio del juzgado mercantil se acomoda a lo previsto en la Disposición Transitoria 11ª.

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

SEGUNDO.- Recurso de casación

1. *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 12 de abril de 2010; la TGSS tiene reconocido un crédito contra la masa de 344.843,50 euros, generado durante el periodo comprendido entre abril y julio de 2010; el juzgado mercantil reconoce que estos créditos contra la masa deben pagarse a su vencimiento, en tanto no se haga la declaración de insuficiencia de activo, en que se aplicaría el orden de pagos previsto en el art. 176bis.2 LC; la administración concursal emitió la comunicación de insuficiencia de activo con posterioridad a la sentencia de primera instancia.

También razona que, 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, el 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.

También impugna que la sentencia de la Audiencia hubiera ratificado la procedencia del criterio seguido por el juzgado de reconocer la procedencia del pago de los créditos contra la masa de la TGSS a su vencimiento, en tanto no se realice por la Administración concursal la comunicación de insuficiencia de activo.

2. *Estimación del recurso*. Comenzaremos reiterando 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, respecto de cómo debe interpretarse el controvertido art. 176bis.2 LC, y sobre el régimen de aplicación transitoria de esta norma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

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 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. 176bis 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.

3. Reiteramos la jurisprudencia contenida también en las reseñadas sentencias, de que 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 los 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.



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.

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

4. Por lo que se refiere a la controversia sobre la aplicación temporal del art. 176bis.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. 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.

En nuestro caso, la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia de masa activa el 17 de mayo 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 de 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. 176bis.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. 176bis.2 LC «elementales razones de derecho transitorio y, al fin, de seguridad jurídica...».

5. Es cierto que en la Sentencia 305/2015, de 10 de junio , manteniendo la doctrina jurisprudencial expuesta, 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. 176bis.2 LC para la prelación de créditos respecto de los créditos contra la masa reclamados por la TGSS en aquel incidente concursal. Esta excepción venía justificada por la necesidad de evitar el abuso que podría suponer, por parte de la administración concursal, no formular la declaración de insuficiencia de activo hasta que un acreedor contra la masa le reclama judicialmente el pago.

Este mismo abuso se produce en el presente caso en que la declaración de insuficiencia de activo se realiza no sólo después de que se hubiera presentado la demanda de incidente concursal por la TGSS, sino después de que la sentencia de primera instancia hubiera reconocido los créditos contra la masa, y antes de que se dictara la sentencia de apelación. Concorre la misma *ratio* de la sentencia 305/2015, de 10 de junio , que nos llevó a entender que no debía resultar oponible la insuficiencia de activo realizada como reacción a la demanda de incidente concursal de reclamación de los créditos contra la masa 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 344.843,50 euros se haga con arreglo al criterio de su vencimiento, sin que le resulte oponible la prelación de créditos del art. 176bis.2 LC .

**TERCERO.- Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no procede imponer a ninguna de las partes las costas generadas por el recurso (art. 398.2 LEC).
2. Estimado el recurso de apelación, tampoco procede hacer expresa condena de las costas originadas en la segunda instancia (art. 398.2 LEC).
3. 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 las serias dudas que suscita la normativa aplicable al tiempo en que se resolvió en la instancia (art. 394 LEC).

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

FALLAMOS

1º Estimar 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 30 de septiembre de 2013 (rollo núm. 2235/2013), que dejamos sin efecto.

2º Estimar el 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 7 de marzo de 2013 (incidente concursal núm. 1090/2012), en el sentido de estimar íntegramente la demanda formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social y declarar que tiene derecho a que se le pague su crédito contra la masa de 344.843,50 euros con arreglo al criterio de su vencimiento.

3º No hacer expresa condena de las costas generadas por los recursos de casación y de apelación, ni tampoco de las ocasionadas en primera instancia.

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 procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- Pedro Jose Vela Torres.- 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.