



Roj: **STS 3271/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3271**

Id Cendoj: **28079110012017100467**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/09/2017**

Nº de Recurso: **155/2015**

Nº de Resolución: **489/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 709/2014,**
STS 3271/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 12 de septiembre 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 para el pago de créditos contra la masa seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo. El recurso fue interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, asistida por la letrada de la Administración de la Seguridad Social. Es parte recurrida Calixto , Desiderio y Eulalio , administradores concursales de la entidad Laboratorios Asociados Nupel SL, representados por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

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 para pago de créditos contra la masa ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, contra la administración concursal de la entidad Laboratorios Asociados Nupel SL, para que se dictase sentencia:

«se acuerde que los créditos contra la masa certificados por esta representación respecto de las cuotas de Seguridad Social devengadas a partir de junio de 2011 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. Calixto , Desiderio y Eulalio , administradores concursales de la entidad Laboratorios Asociados Nupel SL, contestaron a la demanda y pidieron al Juzgado dictase sentencia:

«desestimatoria de la misma, con imposición de costas a la parte demandante».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo dictó sentencia con fecha 10 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«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 Administración Concursal de la entidad Laboratorios Asociados Nupel 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 27 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 10 de septiembre de 2014 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 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 interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 176 bis 2 de la Ley Concursal en relación con el art. 84.3 de la misma Ley ».

2. Por diligencia de ordenación 19 de diciembre de 2014, la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, 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 la letrada de la Administración de la Seguridad Social; y como parte recurrida Calixto, Desiderio y Eulalio, administradores concursales de la entidad Laboratorios Asociados Nupel SL, representados por el procurador Argimiro Vázquez Guillén.

4. Esta sala dictó auto de fecha 30 de noviembre de 2016, 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 17 de diciembre de 2014 ».

5. Dado traslado, la representación procesal de la administración concursal de la entidad Laboratorios Asociados Nupel SL, 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 julio 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 Laboratorios Asociados Nupel, S.L. fue declarado por auto de fecha 7 de junio de 2011.

Mediante auto de 30 de marzo de 2012, se abrió la fase de liquidación.

En el informe trimestral sobre el estado de las operaciones de liquidación, presentado por la administración concursal en octubre de 2013 aparecen los siguientes pagos:

- Pago de 389,03 euros, realizado en fecha 5 de julio de 2013. Corresponde a gastos de electricidad.
- Pago realizado el 27 de julio de 2013 por importe de 16.632 euros. Se corresponde con el pago por adelantado del alquiler del local de la calle Primavera, nº 26, de Lugo, para custodiar la documentación del concurso durante 6 años.
- Pago realizado el 29 de julio de 2013 por importe de 1.326,90 euros, que se corresponde con el seguro de responsabilidad civil del local donde se procedió a guardar la documentación del concurso, concertado con Plus Ultra Seguros, y que abarca del 11 de julio de 2014 al 11 de julio de 2019, (número de póliza NUM000).
- Pago realizado el 1 de agosto de 2013 por importe de 376,37 euros, que se corresponde con la factura de Query Informática S.L. del contrato de asistencia del nuevo sistema informático.



- Pago realizado el 1 de agosto de 2013, de 980,10 euros, que se corresponde con la asesoría fiscal de la empresa GP Asesores (Factura nº NUM001 de fecha 1 de julio de 2013).
- Pago de 463,85 euros, realizado el 13 de agosto de 2013, que se corresponde con la factura de teléfono.
- Pagos de 26 de agosto de 2013 por importe de 237,50 euros y de 3 de septiembre de 2013 por importe de 352,45 euros, que se corresponden con consumos de suministro eléctrico.
- Pagos realizados el 9 de septiembre de 2013, de recibos de agua.
- Pago realizado el 13 de septiembre de 2013, por importe de 437,37 euros, de una factura de teléfono.
- Pago realizado el 27 de septiembre de 2013 por importe de 980,10 euros, que se corresponde con la factura de la asesoría fiscal de la empresa GP Asesores, (Factura nº NUM002 , de fecha 1 de agosto de 2013).
- Pago realizado en fecha 27 de septiembre de 2013 por importe de 268,67 euros, que se corresponde con dos facturas de Asbe por asesoría laboral de los meses de junio y julio de 2013.
- Pago realizado el 16 de octubre de 2013 por importe de 495,84 euros, que se corresponde con una factura de teléfono.
- Pago por importe de 15.787,20 euros, de fecha 21 de octubre de 2013, que se corresponde con una factura del abogado Sr. Laureano por reclamación de deudas a favor de Nupel, en Juicio Ordinario 344/2013 del Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de La Laguna, Tenerife, que resultó favorable a la concursada.
- Pago realizado el fecha 21 de octubre de 2013, de 89.297,80 euros, en concepto de leasing. Esta cantidad resultó reintegrada íntegramente por retrocesión del pago en fecha 24 de octubre de 2013.
- El cargo efectuado en fecha 24 de octubre de 2013 por leasing y por importe de 89.121,53 resultó íntegramente reintegrado en fecha 25 de octubre de 2013.
- La cantidad de 15.747,38 euros, cargada en fecha 24 de octubre de 2013, se trataba de un leasing indebidamente cobrado y fue reintegrado en fecha 25 de octubre de 2013.
- Pago realizado el 24 de octubre de 2013, por importe de 968,00 euros, que se corresponde a la factura de Transoflex S.L. de fecha 31 de agosto de 2013, por traslado de la documentación de los locales de Nupel al local arrendado para su custodia.
- Pago realizado el 25 de octubre de 2013 de la cantidad de 1.960,20 euros, que se corresponde con las facturas de GP Asesores nº NUM003 y NUM004 , correspondientes a los meses de septiembre y octubre de 2013.

Y en el informe trimestral presentado en enero de 2014 aparecen los siguientes pagos:

- En fecha 14 de noviembre de 2013 se abona la minuta de honorarios del Sr. Laureano por la promoción del concurso y su continuación a lo largo del procedimiento concursal. El importe de la minuta es de 104.358,57 euros.
- También en fecha 14 de noviembre de 2013 se abonan los gastos y honorarios del Procurador generados a lo largo del concurso, por un importe de 56.286,88 euros, restando de los mismos 9.000 euros recibidos en su día como provisión de fondos.

2. La TGSS entiende que los pagos de créditos reseñados en estos dos informes trimestrales de octubre de 2013 y enero de 2014, han postergado indebidamente el pago de los créditos contra la masa de la TGSS, por cuotas de la Seguridad Social devengadas desde junio de 2011.

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 son preferentes en el cobro respecto de los créditos contra la masa cuyos pagos se reseñan en los informes trimestrales, en tanto no se justifique que fueran de vencimiento anterior a los créditos de la TGSS.

La administración concursal, al contestar a la demanda, especificó a qué créditos se correspondían los pagos reseñados en esos dos informes trimestrales de liquidación, y justificó su pago preferente en que eran necesarios para la continuidad del concurso. También argumentó que la preferencia de pago por el criterio del vencimiento deja de operar cuando hay insuficiencia de la masa activa, en que resulta de aplicación el orden de prelación del art. 176 bis 2 LC .

3. El juzgado mercantil entendió 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 satisfechos correspondientes a suministro de agua, electricidad y teléfono, y de asistencia de un nuevo sistema informático, eran indispensables para el desarrollo de la actividad de la concursada hasta su cese total, y por ello eran imprescindibles para concluir la liquidación.

ii) Los créditos por gastos de asesoría laboral y asesoría 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.

iii) Los créditos correspondientes al alquiler del local para almacenar y custodiar la documentación del concurso, así como los nacidos del traslado de la documentación y el contrato de seguro del local, también se consideraban justificados por el interés del concurso, porque eran imprescindibles para concluir la liquidación.

iv) Los créditos correspondientes al abogado generados por las reclamaciones de créditos de la concursada frente a terceros, debían considerarse créditos imprescindibles para concluir la liquidación, pues esas reclamaciones fueron encaminadas a incorporar líquido a la masa, con la que pagar créditos de la concursada.

v) Los créditos del abogado y del procurador de la concursada por sus actuaciones en el concurso de acreedores debían incluirse en el ordinal 4º del art. 176 bis 2 LC , que son preferentes en el cobro a los créditos de la TGSS que se incluyen en el ordinal 5º de aquel precepto.

vi) 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 son preferentes en el pago a cualquier otro crédito contra la masa, o bien se trataban de créditos por costas y gastos judiciales del ordinal 4º del art. 176 bis 2 LC .

De este modo, la sentencia de primera instancia concluyó que los créditos contra la masa de la TGSS no eran preferentes a los reseñados en los informes de liquidación de octubre de 2013 y enero de 2014, «al ser estos últimos convenientes para el desarrollo del concurso e imprescindibles para su liquidación».

4. 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 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. E insiste que esta comunicación no tiene carácter constitutivo.

La Audiencia añade a continuación que no queda constancia que la apelante hubiera impugnado en su recurso la apreciación contenida en la sentencia recurrida de que «los créditos pagados con anterioridad al suyo no fuesen imprescindibles para concluir la liquidación y por costas y gastos judiciales del concurso».

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 art. 176 bis 2 LC , en relación con el art. 84.3 de la misma Ley .

En el desarrollo del motivo se razona por qué el orden de prelación previsto en el art. 176 bis 2 LC requiere que previamente se haya producido la comunicación de insuficiencia de la masa activa por parte de la administración concursal, que en este caso no existió. En consecuencia debía aplicarse el criterio del vencimiento.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo.* *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.

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 cuando se realizaron los controvertidos pagos, ya hubiera insuficiencia de masa activa.

3. Justificación de los pagos controvertidos . De acuerdo con lo anterior, como al tiempo de realizarse los pagos reseñados en los informes trimestrales de octubre de 2013 y enero 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 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 fueran imprescindibles para la realización de las operaciones de liquidación y pago.

En el marco de esta doctrina, concurren en el presente caso dos circunstancias que nos impiden juzgar la improcedencia de los pagos controvertidos: la primera, que como la TGSS no aporta una reseña detallada de los vencimientos de sus créditos, no es posible juzgar cuales eran anteriores y cuales posteriores; y la segunda, que el recurso de apelación de la TGSS no impugnó la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia, detallada y justificada, del 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. 176bis.2 LC a los casos en que existe una insuficiencia de masa activa, sin que hubiera la previa comunicación de la administración concursal, es contraria a nuestra jurisprudencia, el recurso carece de efecto útil, en la medida en que por las dos circunstancias mencionadas no es posible juzgar en el presente caso si se alteró el orden de pagos previsto en el art. 84.3 LC .

TERCERO. Costas

Aunque se ha desestimado el recurso de casación, conforme a la jurisprudencia de esta sala, no hacemos expresa condena en costas a la Tesorería General de la Seguridad Social, porque cuando se discutió la cuestión controvertida en la instancia, no existía todavía una jurisprudencia clara (art. 398.1 LEC).

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 27 de noviembre de 2014 (rollo núm. 575/2014), que conoció de la apelación interpuesta frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo de 10 de septiembre de 2014 (incidente concursal 369/2014). **2.º-** No 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.