



Roj: **STS 8306/2012 - ECLI:ES:TS:2012:8306**

Id Cendoj: **28079110012012100730**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/12/2012**

Nº de Recurso: **1041/2010**

Nº de Resolución: **720/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Guipúzcoa, Sección 2ª, 10-03-2010 (rec. 2458/2009),
STS 8306/2012**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil doce.

Visto por 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 Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal seguidos ante el Juzgado 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 Administración de la Seguridad Social.

Es parte recurrida la Administración Concursal de la entidad Paperalia S.A. en liquidación, representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril.

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 núm. 72/2009 en el concurso ordinario 192/05 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, contra la Administración Concursal de la mercantil Paperalia, S.A., y suplicó al Juzgado:

"tenga por presentada Demanda Incidental contra el nuevo reconocimiento de créditos que realiza la Administración Concursal acordando su disconformidad de derecho por los argumentos expuestos, reconociendo a favor de mi representada, como crédito contra la masa el surgido desde la declaración del concurso y que a la fecha de la última certificación 25.09.08, ascendía a 2.311.311,22 €, y en consecuencia se ordena el pago a favor de mi mandante en función de los respectivos vencimientos de la deuda que se recogen en la certificación señalada."

2. La Administración Concursal de la entidad Paperalia, S.A., contestó a la demanda incidental y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que se desestime la demanda y se confirmen los créditos a favor de la TGSS tal y como figuran en las Listas tanto de Créditos Concuriales como de Créditos contra la Masa que figuran adjuntas al escrito que presentó la Administración Concursal con fecha 29.12.08."

3. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián dictó Sentencia con fecha 26 de mayo de 2009, con la siguiente parte dispositiva:



"FALLO: Que desestimo la impugnación de la nueva lista de acreedores y relación de créditos contra la masa formulada por la TGSS, confirmando la misma en cuanto a los extremos impugnados. No se hace pronunciamiento en costas."

Tramitación en segunda instancia

4. 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 10 de marzo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada el 26 de mayo de 2009 por el Ilmo. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Donostia-San Sebastián en autos número 72/09, confirmando la misma, sin que proceda efectuar pronunciamiento respecto a las costas causadas en esta 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.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción de los arts. 84.2.5º, 84.2.10º, 133.2, 176 y 180 de la Ley Concursal."

6. Por Providencia de fecha 27 de mayo de 2010, 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 Administración de la Seguridad Social; y como parte recurrida la Administración Concursal de la entidad Paperalia S.A. en liquidación, representada por el procurador D. Francisco José Abajo Abril.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 1 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación procesal de Tesorería General de la Seguridad Social, contra la Sentencia dictada, con fecha 10 de Marzo de 2010, por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección Segunda), en el rollo de apelación nº 2458/2009, dimanante los autos de incidente concursal nº 96 72/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº Uno de San Sebastián."

9. Dado traslado, la representación procesal de la Administración Concursal de la entidad Paperalia S.A. en liquidación, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

10. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2012, en que ha tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1. Tras el incumplimiento del convenio alcanzado en el concurso de acreedores de la entidad Paperalia, S.A., se resolvió el convenio y se abrió la fase de liquidación. Al comienzo de esta fase de liquidación, la administración concursal calificó como créditos concursales los surgidos a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) durante la fase de cumplimiento del convenio, que ascendían a 268.243'93 euros.

Esta calificación fue impugnada por la TGSS, mediante la demanda de incidente concursal que motivó el presente procedimiento. En la demanda de impugnación, la TGSS pedía que los reseñados créditos surgidos durante la fase de cumplimiento del convenio, esto es, desde la aprobación del convenio hasta su resolución y apertura de la liquidación, fueran reconocidos como créditos contra la masa, al amparo de los ordinales 5º y 10º del art. 84.2 LC.

2. En primera instancia, el juez mercantil desestimó esta pretensión, por entender que la interpretación del art. 84.2.5º LC conduce a considerar estos créditos como créditos concursales, de acuerdo con el parecer de la mayoría de las Audiencias Provinciales.



La sentencia dictada en primera instancia fue recurrida en apelación, y la Audiencia desestimó el recurso, confirmando las razones o argumentos vertidos en la sentencia recurrida. Entiende que como la aprobación del convenio conlleva el cese de los efectos de la declaración de concurso (art. 133.2 LC) y que el concursado recobre la plena capacidad, en caso de posterior resolución del convenio por incumplimiento y apertura de la liquidación, el tratamiento de los créditos surgidos en ese periodo es similar al de los créditos nacidos después de la conclusión del concurso y antes de la reapertura del concurso. Además, añade que la interpretación del art. 84.2.5º LC conduce a entender que el límite temporal para el nacimiento de créditos contra la masa, en caso de aprobación de convenio, es dicha aprobación, tal y como expresamente se afirma en aquel precepto. Interpretación que es más acorde con la voluntad del legislador de reducir al máximo los privilegios y preferencias, entre las que se encuentra el reconocimiento de un crédito como crédito contra la masa, en aras de hacer realidad el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores.

Motivo invocado en el recurso de casación

3. El recurso se basa en un sólo motivo, formulado al amparo del art. 477.2.º LEC , por infracción de los ordinales 5º y 10º del art. 84.2, y de los arts. 133.2 , 176 y 180 LC .

En el desarrollo del motivo argumenta que la interpretación del art. 82.2.5º LC debe conducir a considerar estos créditos nacidos en la fase de cumplimiento del convenio como créditos contra la masa, pues la alternativa prevista como "dies ad quem" de la aprobación del convenio o la terminación del concurso, supone que " *la aprobación del convenio* " opere sólo en los casos en que se llegue a cumplir. En otro caso, si se abre la fase de liquidación, como consecuencia del incumplimiento del convenio, debe entenderse que opera el otro límite, de la conclusión del concurso.

El recurso debe desestimarse por las razones que exponemos a continuación.

Razones de la desestimación del recurso

4. El presente recurso debe resolverse, como es obvio, conforme a la normativa vigente en el momento en que se produjo la demanda de impugnación, que es la misma que todavía estaba vigente cuando fue resuelto tanto en primera instancia como en segunda.

La Ley Concursal regula en el apartado 2 del art. 84 qué créditos pueden considerarse como créditos contra la masa y, por ello, deben satisfacerse conforme a lo previsto en el art. 154 LC . Esta categoría de créditos, que no se ven afectados por las soluciones concursales, tienen en la práctica una preferencia de cobro respecto del resto de los créditos concursales, pues deben satisfacerse a sus respectivos vencimientos (art. 154 LC). Desde esta perspectiva es lógico que la enumeración de créditos contra la masa se interprete de forma restrictiva, porque, en la medida que gozan de la reseñada "preferencia de cobro", merman en la práctica las posibilidades de cobro de los créditos concursales, en función de los cuales y para cuya satisfacción se abrió el concurso. De este modo, resulta de aplicación la mención que la exposición de motivos de la Ley Concursal hacía al carácter restrictivo de los privilegios y preferencias de cobro: "(s) *e considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas* ".

5. El art. 84.2.5º LC , en la redacción aplicable al caso, anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, disponía que tenían la consideración de créditos contra la masa " *los generados en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso (...), hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe el convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso* ".

Los créditos de la TGSS que han suscitado el presente litigio, si bien han surgido como consecuencia del ejercicio de la actividad empresarial del deudor tras la declaración de concurso, se ven excluidos de la consideración de créditos contra la masa porque son posteriores a la aprobación del convenio, que es uno de los términos *ad quem* dispuestos en el reseñado precepto.

Cuando el art. 84.2.5º LC dispone que estos créditos generados en el ejercicio de la actividad económica del deudor deben haber nacido después de la declaración de concurso y antes de " *que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso* ", contempla el supuesto más simple de que el convenio aprobado sea finalmente cumplido, y por esa vía se acuerde la conclusión del concurso, además de prever la alternativa, que sería la no aprobación del convenio y la apertura de la fase de liquidación, en cuyo caso el plazo final sería la conclusión del concurso. Es en el caso en que el convenio aprobado no se cumple, y por ello se resuelve, con la consiguiente apertura de la fase de liquidación, en que se suscita la razonable duda de interpretación acerca de la consideración que merecen los créditos surgidos durante la vigencia del convenio.



6. La interpretación literal del precepto, que conduce a no considerarlos contra la masa, resulta lógica, a la vista de los efectos del convenio. Tiene sentido que el art. 84.2.5º LC situara como uno de los límites temporales para la consideración de crédito contra la masa de los posteriores a la declaración de concurso el momento de la aprobación del convenio, pues supone un cambio sustancial en relación con los efectos del concurso.

Como es sabido, conforme al art. 133.2 LC, la aprobación del convenio conlleva el cese de todos los efectos de la declaración de concurso y sus sustitución por lo que, en su caso, se establezca en el propio convenio, y el cese de los administradores concursales, sin perjuicio de las funciones que el convenio pudiese encomendar a todos o alguno de ellos hasta su íntegro cumplimiento. De esta forma, con la aprobación del convenio quedan sin efecto la intervención o la suspensión de las facultades patrimoniales del deudor y, en general, las limitaciones a su actividad profesional o empresarial, y pasan a regir las previstas en el convenio (art. 137.1 LC).

Las acciones ejecutivas en contra del deudor del artículo 56 LC recobran su fuerza y, según el artículo 136, " *los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera y, en general, afectados por el contenido del convenio* ".

En consecuencia, el crédito generado durante el periodo de cumplimiento del convenio no nace en un contexto propiamente concursal, sino estrictamente negocial. Por esta razón, el art. 84.2.5º LC, en su originaria redacción, lo excluía de la consideración de crédito contra la masa, lo que determinaba su tratamiento como crédito concursal, en caso de resolución del convenio y apertura de la liquidación.

7. De acuerdo con lo anterior, procede la desestimación del recurso de casación. Aunque conviene advertir que esta solución hubiera sido distinta de haber resultado de aplicación el actual art. 84.2.5º LC, con la redacción aportada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que suprime el límite temporal de la aprobación del convenio, de tal forma que " *hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso* ", los créditos surgidos por la actividad del deudor serán contra la masa, también los generados en fase de convenio.

Costas

8. Aunque ha sido desestimado el recurso de casación, no se hace expresa imposición de costas en atención a las serias dudas de derecho que imponía la interpretación del art. 84.2.5º LC.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación formulado por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipuzkoa (sección 2ª) el 10 de marzo de 2010, con ocasión del recurso de apelación (núm. 2458/2009) interpuesto contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de San Sebastián de 26 de mayo de 2009 en el incidente concursal 72/2009, sin hacer expresa condena en costas.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia 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.- Juan Antonio Xiol Rios.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- 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.