



Roj: **STS 2635/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2635**

Id Cendoj: **28079110012016100382**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2016**

Nº de Recurso: **126/2014**

Nº de Resolución: **390/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP J 1312/2013,**
STS 2635/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrada de la Administración de la Seguridad Social D.^a Piedad de Torres Díez-Madroño, contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2013 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación núm. 229/2013, dimanante del incidente concursal núm. 293.10/2010, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Jaén. Ha sido parte recurrida la Administración Concursal de Fumapa S.L.U., representada por el procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruíz y bajo la dirección letrada de D. David Marrero Blanco.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

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 contra la administración concursal de Fumapa S.L.U., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que modifique su propuesta de plan de pagos, haciendo constar que se procederá a pagar los créditos contra la masa conforme al orden establecido en el art. 176 bis 2 y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, situando los honorarios de la administración concursal dentro del último apartado: "Los demás créditos contra la masa"».

2.- La demanda fue presentada el 30 de abril de 2013 en el Juzgado de lo Mercantil de Jaén y fue registrada con el núm. 293/2010. Una vez admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Eduardo Medina Pérez, en representación de la administración concursal de Fumapa S.L.U., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«[...] se dicte sentencia por la que desestime la impugnación presentada por la Tesorería General de la Seguridad Social».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- Juez del Juzgado de lo Mercantil de Jaén dictó sentencia, de fecha 14 de junio de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Que estimando parcialmente la demanda presentada en representación de la TGSS debo acordar procederá a pagar los créditos contra la masa conforme al orden establecido en el art. 176 bis 2, y en su caso,



a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación, situando los honorarios de la administración concursal

- Dentro de los imprescindibles para concluir la liquidación de los honorarios que se devenguen durante el período de tiempo que se realicen las operaciones del art. 176 bis.

- Y los restantes dentro el apartado 4 del art. 176 bis 2».

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 Primera de la Audiencia Provincial de Jaén, que lo tramitó con el número de rollo 229/2013 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia, en fecha 19 de noviembre de 2013, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con fecha 14 de junio de 2013, en autos de Incidente Concursal, seguidos en dicho Juzgado con el número 293.10/2010, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia sin hacer expresa imposición de las costas del recurso de apelación».

TERCERO - *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Único.- Infracción del art. 176 bis de LC ».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas ante la misma las partes por medio del procurador y letrada de la Administración de la Seguridad Social mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 4 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Seguridad Social, en representación de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada con fecha 19 de noviembre de 2013 por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 229/2013, dimanante del incidente concursal nº 293/2010 del Juzgado de lo mercantil de Jaén

[...]».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 4 abril de 2016 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de mayo de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- En el concurso de la sociedad Fumapa, S.L.U., la Tesorería General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, TGSS) formuló demanda incidental contra la administración concursal, en la que impugnaba la propuesta de modificación del plan de pagos de la liquidación, al considerar que el crédito por honorarios de la administración concursal debe regirse por el art. 176 bis 2.5º de la Ley Concursal (en adelante, LC), regulador del orden de prelación de pagos de los créditos contra la masa, una vez conste que la masa activa es insuficiente para el pago de tales créditos.

2.- El juzgado de lo mercantil estimó parcialmente la pretensión, y consideró que los honorarios de la administración concursal generados durante el periodo de tiempo en que se realicen las operaciones previstas en el art. 176 bis LC deben incluirse dentro de los imprescindibles para concluir la liquidación, y los restantes, en el apartado 4º del art. 176 bis 2 (créditos por costas y gastos judiciales del concurso).

3.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la TGSS, dado que el procedimiento concursal no puede continuar hasta su conclusión sin la intervención de la administración concursal, que por tanto es imprescindible; así como que el resto de sus honorarios no deben postergarse en



caso de insuficiencia de masa activa, como si fueran de peor condición que la de los demás profesionales cuyos honorarios se incluyen dentro del concepto de gastos judiciales y costas.

Recurso de casación

SEGUNDO.- *Motivo único del recurso de casación. Infracción del art. 176 bis LC . Imprescindibilidad de los honorarios de la administración concursal durante la fase de liquidación. Equiparación de los demás honorarios a las costas y gastos judiciales.*

1.- La TGSS formula el recurso de casación al amparo del art. 477.2.3º LEC , por llevar la norma aplicada, el art. 176 bis LC , menos de cinco años en vigor y no existir jurisprudencia interpretativa del mismo.

2.- El desarrollo del motivo se desglosa en dos apartados. Por un lado, se combate la consideración de los honorarios de la administración concursal como imprescindibles para concluir la liquidación, ya que existe la posibilidad de que, ante la situación de insuficiencia de masa activa, no se cobre por el desempeño del cargo. Y por otro, no cabe equipararlos a los créditos por las costas y gastos judiciales, al no haberlos incluido como tales el legislador.

TERCERO.- *El carácter imprescindible de la administración concursal para la conclusión de la liquidación.*

1.- En el primer apartado del único motivo del recurso de casación, la TGSS cuestiona la imprescindibilidad de la intervención de la administración concursal a efectos de la conclusión de la liquidación; y con ello, que se anteponga su crédito por honorarios al orden de pagos previsto en el apartado 2.º del art. 176 bis LC , en redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

2.- Para resolver sobre la ubicación del crédito por honorarios de la administración concursal dentro del orden previsto en el citado art. 176 bis LC («Especialidades de la conclusión por insuficiencia de masa activa»), debe atenderse a la caracterización y finalidad de los créditos contra la masa, a la que ya hemos hecho referencia en algunas sentencias precedentes, por ejemplo, sentencias núm. 629/2015 y 630/2015, ambas de 17 de noviembre , en las que dijimos:

«Analizado el art. 84.2 de la Ley Concursal desde una interpretación finalista o teleológica, la caracterización de un crédito como contra la masa tiene fundamento en su utilidad para la tramitación del propio procedimiento de concurso o en su contribución a la continuación de la actividad del deudor».

Asimismo, también debemos hacer referencia a nuestra previa jurisprudencia interpretativa del art. 176 bis 2 LC . Así, hemos afirmado en la sentencia 187/2016, de 18 de marzo , con cita de las sentencias 306/2015, de 9 de junio , 310/2015, de 11 de junio , y 311/2015, de 11 de junio , que:

«[...]las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis.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 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. 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 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. 176 bis.2 LC , no es la inaplicación de este orden de prelación».

3.- La administración concursal está conceptuada, junto con el juez, como uno de los órganos imprescindibles del concurso, a diferencia de otros, como la junta de acreedores o el Ministerio Fiscal, que tienen carácter contingente, en función del desarrollo procesal del propio concurso. Así se desprende inequívocamente, con carácter general, de los arts. 21.1.2.º y 26 LC ; y específicamente para la fase de liquidación, de los arts. 145 ,



148, 149, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 176 y 176 bis LC. Conforme a tales preceptos, la administración concursal es el órgano especialmente llamado a realizar las tareas de liquidación del concurso, hasta su finalización, sin cuya actuación el procedimiento devendría imposible y encallaría sin solución.

Ahora bien, el art. 176 bis 2 LC establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible.

CUARTO.- *La no inclusión de los honorarios de la administración concursal dentro de los créditos por costas y gastos judiciales.*

1.- Aunque los apartados 2.º y 3.º del art. 84 LC hacen un tratamiento diferenciado de las costas y gastos judiciales, por un lado, y de los honorarios de la administración concursal, por otro, el art. 176 bis 2 no hace una mención expresa a estos últimos, lo que genera la duda de si deben incluirse en el apartado residual del n.º 5 («los demás créditos contra la masa»), como pretende la recurrente, o pueden asimilarse a las costas y gastos judiciales (apartado 4.º), como resuelve la sentencia recurrida.

Como hemos dicho, desde una perspectiva teleológica, los créditos contra la masa se caracterizan por hacer posible el propio procedimiento de concurso, es decir, son créditos para llevarlo a buen fin, dentro de las posibilidades patrimoniales del deudor. La delimitación legal de estos créditos contenida en el art. 84.2 LC parte de la tradicional distinción entre gastos de la masa y obligaciones de la masa. Y dentro de los primeros, se incluyen en apartados diferentes, los gastos de justicia y los gastos de administración. Los gastos de justicia son tanto los indispensables para el desarrollo del procedimiento (gastos de la solicitud, de la declaración, de la publicidad, de celebración de la junta de acreedores, etc.), como los derivados de incidentes concursales, e incluso de costas y gastos ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de los acreedores en los juicios que, en interés de la masa, inicien o continúen de acuerdo con la propia Ley. Mientras que los gastos de administración son básicamente las retribuciones de la administración concursal (art. 34 LC y Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales) y, en su caso, de sus auxiliares.

Es decir, habrá actuaciones de la administración concursal que puedan ser consideradas costas y gastos de justicia, en los términos expuestos, pero los honorarios corresponden a otro concepto, que es el de gastos de administración.

2.- Por tanto, puesto que el legislador, al enumerar los créditos contra la masa, distingue entre costas y gastos judiciales, por un lado, y retribución de la administración concursal, por otro, no cabe asimilarlos en aplicación del art. 176 bis 2, cuando en el número 4.º únicamente hace mención a los primeros. Por lo que habrá que entender que tales retribuciones quedan encuadradas en el grupo residual del apartado 5.º del art. 176 bis 2 LC.

QUINTO.- *Estimación del recurso de casación y asunción de la instancia.*

Lo expuesto supone que deba estimarse el recurso de casación, y asumir la instancia, estimando parcialmente el recurso de apelación y la demanda incidental, en los términos ya expresados.

SEXTO.- *Costas y depósitos.*

1.- La estimación del recurso de casación conlleva que no proceda hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC.

2.- Igualmente, tampoco cabe hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de apelación, puesto que la estimación del recurso de casación también supone estimación parcial de la apelación (art. 398.2 LEC). Y respecto de las costas de la primera instancia, dado que la estimación de la demanda ha sido parcial, tampoco procede hacer expresa imposición de las causadas, según previene el art. 394.2 LEC, por remisión del art. 196.2 LC.

3.- Del mismo modo, debe acordarse la devolución de los depósitos constituidos para recurrir, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 19 de noviembre de 2013, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.ª, en el recurso de apelación núm. 229/2013 . 2.º- Casar dicha sentencia, estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Jaén con fecha 14 de junio de 2013 , y estimar parcialmente la demanda formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la administración concursal de Fumapa, S.L.U., declarando: a) Que los honorarios de la administración concursal son créditos contra la masa imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa, únicamente cuando respondan a actuaciones estrictamente necesarias para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago. b) Que la determinación de tal carácter de honorarios imprescindibles, así como su importe, se hará a propuesta de la administración concursal y por resolución del juez del concurso, previa audiencia de los demás acreedores contra la masa. c) Que el resto de honorarios de la administración concursal se incardinarán en el concepto «Los demás créditos contra la masa» del apartado 5.º del art. 176 bis 2 de la Ley Concursal . d) Condenando a la parte demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a darles cumplimiento. 3.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación, ni de las generadas en ambas instancias, y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.