BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ062734

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 533/2017, de 2 de octubre de 2017
Sala de lo Civil
Rec. n.º 733/2015

SUMARIO:

Incidente concursal. El orden de prelación de pago establecida en el art. 176 bis.2 LC. 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 artículo 176 bis 2. El orden de prelación de créditos del art. 176 bis 2 de la Ley Concursal, solo resulta de aplicación a partir de que la administración concursal comunica expresamente la insuficiencia de la masa activa, pero en el presente caso no se había hecho tal comunicación al tiempo de realizarse los pagos reseñados en el informe trimestral de enero de 2014, por lo que no puede pretenderse la aplicación de dicho orden por la circunstancia de que en el momento del controvertido pago de los créditos impugnados ya hubiera insuficiencia de masa activa. Los créditos contra la masa conforme al art. 84.3 de la Ley Concursal deben pagarse a sus respectivos vencimientos. No obstante, se 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, si bien esta postergación no puede afectar a determinados créditos, entre los que se encuentran los de la Seguridad Social. En el supuesto en que aflore la insuficiencia de la masa activa que impide pagar todos los créditos contra la masa, se sustituye la indicación de que los créditos contra la masa deban pagarse por su orden de vencimiento. De tal forma que 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 artículo 176 bis de la LC, al margen de cuál sea su vencimiento, sin que dentro de cada orden se tenga 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, deben pagarse en quinto lugar, junto con los restantes créditos contra la masa no incluidos en los órdenes anteriores. En el presente caso, en la apelación no se impugnó la apreciación de la sentencia de primera instancia del carácter imprescindible para las operaciones de liquidación de los pagos por parte de la TGSS por lo que, si bien la doctrina de la sentencia de apelación es contraria a la doctrina de la sala, el recurso carece de efecto útil al no ser posible en este caso examinar si se alteró el orden de pago del art. 84.3 de la Ley Concursal.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 84.3 y 176 bis.2.

PONENTE:

Don Ignacio Sancho Gargallo.

SENTENCIA

En Madrid, a 2 de octubre 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 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo. 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 entidad Ayse Lucus S.L.P, como administración concursal de la entidad Todo Servicio Xeitosa S.L., representada por la procuradora María Soledad Ruiz Bullido.

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 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo, contra la entidad Todo Servicios Xeitosa S.L., para que se dictase sentencia:

«por la que acuerde que el crédito contra la masa certificado por esta representación respecto de las cuotas de Seguridad Social devengadas durante el periodo enero a junio de 2013 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. La entidad Ayse Lucus S.L. y en su nombre Vicente , administrador concursal de la entidad Todo Servicios Xeitosa S.L., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:

«que se acuerde que los créditos contra la masa ostentados por la Tesorería General de la Seguridad Social no son preferentes respecto de la totalidad de los créditos abonados por esta Administración Concursal al ser los mismos convenientes para el desarrollo del concurso y/o imprescindibles para la liquidación del mismo».

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«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 la Administración Concursal de la entidad Todo Servicios Xeitosa, 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 enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo: Desestimar el recurso.
»Confirmar la resolución recurrida.
»No se hace especial imposición de costas».

Tercero. *Interposición y tramitación del recurso de 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 Lugo, sección 1.ª.
El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción del art. 176 bis.2 de la Ley 22/2003, de 9 de junio en relación con el art. 84.3 de la misma Ley ».

2. Por diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2015, la Audiencia Provincial tuvo por interpuesto el recurso de casación 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, representada por el letrado de la Administración de la Seguridad Social; y como parte recurrida la entidad Ayse Lucus S.L.P., como administración concursal de la entidad Todo Servicio Xeitosa S.L., representada por la procuradora María Soledad Ruiz Bullido.

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 la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada, con fecha 27 de enero de 2015, por la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 514/2014 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 323/2014 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Lugo».

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Ayse Lucus S.L.P, como administración concursal de la entidad Todo Servicio Xeitosa S.L., presento 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 septiembre 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 Todo Servicios Xeitosa, S.L. fue declarado por auto de fecha 29 de enero de 2013.

Mediante auto de 4 de junio de 2013, se abrió la fase de liquidación.

En el informe trimestral sobre el estado de las operaciones de liquidación presentado por la administración concursal en enero de 2014 se enumeran una serie de pagos.

2. La TGSS entiende que los pagos de créditos reseñados en el informe trimestral de enero de 2014, han postergado indebidamente el pago de los créditos contra la masa de la TGSS, por cuotas de la Seguridad Social devengadas durante el periodo comprendido entre enero y junio de 2013.

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 el informe trimestral de enero de 2014, en tanto no se justifique que fueran de vencimiento anterior a los créditos de la TGSS.

3. La administración concursal, al contestar la demanda, especificó a qué créditos se correspondían los pagos reseñados en aquel informe trimestral de liquidación, y justificó su pago preferente en que eran imprescindibles para la liquidación. Los agrupó en tres conceptos: (i) pagos correspondientes a los gastos de llevanza de la contabilidad, presentación de impuestos, confección de nóminas..., que consideró «imprescindibles para poder desarrollar los trabajos de liquidación y de información sobre el desarrollo de la misma»; (ii) retenciones e ingresos a cuenta por IRPF, que se correspondía a cantidades retenidas a terceros; y (iii) los honorarios de la Administración Concursal y los pagos de gastos judiciales correspondientes a la defensa jurídica de la concursada, que resultaban imprescindibles para el desarrollo de la liquidación.

La administración concursal entendía que el criterio del vencimiento no era absoluto, sino que debía atemperarse con otros criterios, como los relativos a la continuidad del negocio, la conservación de la masa activa, la viabilidad del concurso como procedimiento...

4. 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 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, debe entenderse que o bien son preferentes en el pago a cualquier otro crédito contra la masa, o bien han de considerarse créditos por costas y gastos judiciales del ordinal 4º del art. 176 bis 2 LC .

ii) Los créditos por gastos de asesoría laboral y 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.

La sentencia de primera instancia concluye que los créditos contra la masa de la TGSS no son preferentes a los reseñados en los informes de liquidación de enero de 2014, «al ser estos convenientes para el desarrollo del concurso e imprescindibles para su liquidación, lo que determina la desestimación de la demanda interpuesta».

5. 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 fuesen imprescindibles para concluir la liquidación y por costas y gastos judiciales del concurso.

6. 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, y 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 en el momento del controvertido pago de los créditos de la administración concursal y del abogado de la administración concursal, 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 el informe trimestral de 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 que 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 eran imprescindibles para la realización de las operaciones de liquidación y pago.

En el marco de esta doctrina, debemos advertir que el recurso de apelación no impugnó la apreciación contenida en la sentencia de primera instancia, de forma 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 exista la previa comunicación de la administración concursal, es contraria a nuestra jurisprudencia, el recurso carece de efecto útil, pues en la medida en que la TGSS no impugnó el carácter imprescindible para las operaciones de liquidación de los pagos cuestionados, no es posible juzgar en el presente caso si se alteró el orden de pago previsto en el art. 84.3 LC , según ha sido interpretado por la sala.

Tercero. *Costas*

Desestimado el recurso de casación, procede imponer a la Tesorería General de la Seguridad Social las costas causadas por su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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 1.ª) de 27 de enero de 2015 (rollo núm. 514/2014), que conoció de la apelación interpuesta frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Lugo de 27 de junio de 2014 (incidente concursal 82/2013).

2.º- 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 coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.