



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

**TRIBUNAL SUPREMO**

*Sentencia 311/2015, de 11 de junio de 2015*

*Sala de lo Civil*

*Rec. n.º 2457/2013*

**SUMARIO:**

**Concurso. Créditos contra la masa. Insuficiencia de la masa activa. Prelación de créditos.** En caso de concurso de acreedores, las reglas de pago contenidas en el art. 176 bis.2 de la Ley concursal, 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. Por tanto se rechaza 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. Tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011 (1 de enero de 2012), el régimen consiguiente a la comunicación de insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa del art. 176 bis 2 de la Ley Concursal resulta de aplicación a los concursos en tramitación. En este caso la administración concursal realizó la comunicación de insuficiencia de la masa activa, después de entrada en vigor del precepto. Resulta irrelevante que los créditos contra la masa pendientes de pago hubieran vencido antes de la entrada en vigor 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.

**PRECEPTOS:**

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 84.3, 154 y 176 bis.2.

Ley 38/2011 (reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal), Disposición transitoria 11.ª.

Constitución española, art. 9.3.

Código civil, art. 2.3.

**PONENTE:**

*Don Ignacio Sancho Gargallo.*

Magistrados:

Don FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don SEBASTIAN SASTRE PAPIOL

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Junio de dos mil quince.

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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de apelación por la sección 2ª Audiencia Provincial de Guipúzcoa como consecuencia de autos de demanda incidental de pago de créditos 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 Seguridad Social.

Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Frutas A. Roldán S.L., representada por el procurador Victorio Venturini Medina.

### **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 de reconocimiento y pago de créditos contra la masa ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián, contra la entidad Frutas A. Roldán S.L. y su administración concursal, para que se dictase sentencia:

"por la que se declara la improcedente aplicación del art. 176 bis LECO para el pago del crédito de la TGSS, reconociendo el importe total de deuda contra la masa certificada por importe de 15.362,89 ? y reconociendo las fechas de sus vencimientos y ordenando el pago inmediato de la totalidad de la deuda contra la masa por tratarse de deudas sobradamente vencidas; en consecuencia solicitamos que se requiera a la Administración concursal para que devuelva el importe de sus honorarios, que deban sujetarse a la regla de pago a vencimiento."

2. El administrador concursal Benedicto, en representación de la administración concursal de la entidad Frutas A. Roldán S.L., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"en la que se reconozca la deuda contra la masa a favor de la TGSS por importe de 15.362,89 euros así como la procedencia de la aplicación del art. 176 bis de la LECO."

3. El Juez de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Se estima parcialmente la demanda relativa al pago de créditos contra la masa formulada por la TGSS, cifrando los mismos en 15.362,89 euros y disponiendo que se paguen en los términos establecidos por el art. 176 bis 2 L.C .

No se hace pronunciamiento en costas."

#### Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por 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 fecha 15 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

"FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia de fecha 28 de febrero de 2013, dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Donostia-San Sebastián, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mencionada resolución, manteniendo los pronunciamientos en ella contenidos y no verificando consideración alguna en cuanto al importe de las costas devengadas en el curso de la presente instancia."

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.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1.º) Infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del art. 176 bis de la Ley 22/2003, de 9 de junio, de Ordenación Económica-Concursos . Infracción por interpretación errónea de la Disposición Transitoria 11ª de la Ley 38/2011, el art. 2.3 del Código Civil y art. 9.3 de la Constitución .

2.º) Infracción por inaplicación de los arts. 84.3 y 154 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, en relación a la interpretación errónea y la aplicación indebida del nuevo art. 176 bis."

6. Por diligencia de ordenación de 17 de octubre 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.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por el Letrado de la Seguridad Social; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Frutas A. Roldán S.L., representada por el procurador Victorio Venturini Medina.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 10 de junio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada, con fecha 15 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Gipuzkoa (Sección 2ª), en el rollo de apelación n.º 2172/2013, dimanante de los autos del incidente concursal n.º 70/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián."

9. Dado traslado,, 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 14 de mayo de 2015, en que ha tenido lugar.

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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

La entidad Frutas A. Roldan, S.L. fue declarada en concurso de acreedores el 31 de marzo de 2011. Con posterioridad se han generado créditos contra la masa a favor de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) por importe de 15.362,89 euros, que consta fueron reclamados a la administración concursal el 18 de abril de 2012.

Mediante Auto de 14 de mayo de 2012, el administrador concursal Gonzalo fue separado del cargo, con pérdida de la remuneración que le correspondía y con obligación de devolver lo percibido. En la última rendición de cuentas, en la masa activa figuraba un importe de 5.858,59 euros. El nuevo administrador nombrado, Benedicto, el 30 de julio de 2012, puso en conocimiento del juzgado la insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, de conformidad con lo previsto en el art. 176bis.2 LC .

2. Con posterioridad, el 27 de diciembre de 2012, la TGSS interpone el presente incidente concursal para reclamar el pago de estos créditos concursales.

El juzgado mercantil estima parcialmente la demanda, reconoce el crédito contra la masa reclamado por la TGSS de 15.362,89 euros, pero dispone que sea pagado en los términos establecidos por el art. 176bis.2 LC . Este precepto prevé el orden de prelación de pago que debe seguir la administración concursal después de haber comunicado formalmente al juzgado la insuficiencia de masa activa para el pago de los créditos contra la masa.

3. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación formulado por la TGSS y ratifica el criterio del juzgado mercantil. La Audiencia razona que resulta de aplicación el régimen jurídico que respecto del pago de los créditos contra la masa introdujo la Ley 38/2011, de 10 de octubre, y en concreto el art. 176bis.2 LC . Este precepto ha sustituido al apartado 3 del originario art. 154 LC, según el cual, caso de no resultar suficientes los bienes para el pago de los créditos contra la masa, lo obtenido en la liquidación se debía distribuir entre los créditos contra la masa por el orden de su vencimiento. Ahora el art. 176bis.2 LC sustituye este criterio por el pago conforme a un específico orden de prelación.

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

### Recurso de casación

4. 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 31 de enero de 2011, la TGSS había venido reclamando el pago de la deuda contra la masa durante la tramitación del concurso, que se había generado entre marzo y julio de 2011. La última reclamación fue en abril de 2012. 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



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

anterior, según la cual, en caso de insuficiencia de la masa activa, del 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.

Se añade al final, que el art. 176bis.2 LC no puede validar los pagos que hubiera realizado la administración concursal sin seguir el orden del vencimiento, puesto que supondría admitir un fraude de ley en el procedimiento concursal.

Procede desestimar los dos motivos por las razones que exponemos a continuación.

**5. Desestimación de los motivos primero y segundo .** Expondremos primero cómo debe interpretarse el controvertido art. 176bis.2 LC, para abordar a continuación 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.





[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

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 comunicado 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 cual 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.

6. 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. Con ello rechazamos 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 hubiera habido una reclamación extrajudicial de la TGSS frente a la administración concursal, reclamando el pago del crédito contra la masa.



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

7. Por lo que se refiere a la controversia de 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 30 de julio 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...».

Costas

8. Aunque ha sido desestimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas, en atención a la lógica duda de interpretación que genera el precepto aplicable.

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

### **FALLAMOS**

Desestimar 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 15 de julio de 2013, que resuelve el recurso de apelación (rollo núm. 2172/2013 ) interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 28

**CEF.-**

**Revista práctica del  
Derecho CEFLegal.-**



[www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com)

de febrero de 2013 (incidente concursal núm. 70/2013), sin expresa condena en costas a la parte recurrente.

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 - Ignacio Sancho Gargallo- Francisco Javier Orduña Moreno- Rafael Saraza Jimena- Sebastian Sastre Papiol- 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.

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.