

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

VI. ALTERACIÓN DEL ORDEN DE PAGOS

En materia de orden de pagos de créditos contra la masa contamos con dos preceptos: art. 84. 3 LC (pago por vencimiento salvo nº 1, pago inmediato) y art. 176 bis LC para supuestos de insuficiencia de masa activa que establece una prelación concreta.

El art. 84.3 LC prevé que el orden del vencimiento pueda ser alterado en interés del concurso siempre que se presuma que la masa activa será suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa, excluyendo los créditos de los trabajadores (se entiende que los del nº 5), los alimenticios, tributarios y de Seguridad Social.

El art. 176 bis LC, para el supuesto de comunicación de insuficiencia de masa, antepone a todos los créditos los “imprescindibles” para concluir la liquidación, según la [STS 8 de junio de 2016 \(nº 390\)](#) las actuaciones encaminadas a la “*obtención de numerario, gestión de liquidación y pago.*”

Y la [STS de 2 de octubre de 2017 \(nº 534\)](#) extiende tal doctrina a aquellos supuestos en los que no hay comunicación de insuficiencia de masa, considerando prededucibles los imprescindibles para las operaciones de liquidación y pago..

“5. Justificación de los pagos controvertidos. En cualquier caso, de acuerdo con lo argumentado hasta ahora, como al tiempo de realizarse los pagos reseñados en el informe trimestral de abril 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”.

6.1. En el marco del art. 84.3 LC, los créditos imprescindibles para la liquidación, que el TS ha dicho son preducibles, supone que puedan pagarse antes que los de los trabajadores, alimenticios, tributarios y de Seguridad Social? ¿Cabe invocar la doctrina contenida en la STS de 2 de octubre de 2017 (nº 534) para postergar el pago de los créditos tributarios y de la Seguridad Social?

[SAP Cantabria, sección 4, de 22 de octubre de 2018 \(nº 505/2018; rec. 160/2018\).](#)

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*“La sentencia apelada **desestimó** la demanda incidental interpuesta por la **Tesorería General de la Seguridad Social de reconocimiento y pago de créditos contra la masa** aplicando analógicamente el criterio seguido por el Tribunal Supremo en la Sentencia 534/2017, frente a lo que alza la actora (...)*

*5. En cualquier caso, de acuerdo con lo argumentado hasta ahora, como al tiempo de realizarse los pagos reseñados en el informe trimestral de abril 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.*

Entendemos que el art. 84.3 LC es claro al respecto al señalar que (...). Resulta de él que no es posible postergar los créditos de la Seguridad Social, lo que en el presente caso se ha realizado en relación a créditos de los trabajadores de vencimiento posterior y créditos de la asesoría que no gozan de ese tratamiento especial que otorga el art. 84.3 LC a algunos créditos contra la masa.

No compartimos las razones recogidas en la sentencia apelada. *En primer lugar, no nos encontramos ante una situación de **insuficiencia de la masa activa**, puesto que ni se ha realizado la comunicación preceptiva ni se ha invocado y justificado que concurra la misma, **lo que excluye la aplicación ni siquiera por analogía, del art. 176 bis 2 LC**. A su vez, los argumentos recogidos en la sentencia sobre que no parece descabellado ni desproporcionado sostener el pago de la **nómica de unos trabajadores y de la asesoría** y la **inexistencia de riesgo de cobro** de los créditos contra la masa de la actora, tampoco los compartimos. El legislador optó claramente en la reforma del art. 84 LC por la Ley 38/2011, evitar y eliminar la postergación de determinados créditos, entre los que se encuentran los de la apelante, apreciando únicamente como causa justificativa de la postergación de otros diferentes, la suficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa y la conveniencia para el interés del concurso. Estas dos razones, conveniencia para el interés del concurso y suficiencia para el pago de los créditos contra la masa, son las que justifican la desestimación de la demanda en la resolución recurrida. Sin embargo, como ya se ha reiterado, de esta regla que permite la alteración de la del vencimiento se excluye expresamente a los créditos de la seguridad social, por lo que no pueden acogerse dichos argumentos.*

*Como consecuencia de lo anterior, habiéndose **postergado el pago** de los créditos de la actora objeto de la litis, se acuerda condenar a la demandada a su pago”.*

6.2. ¿Qué juicio es exigible para valorar la suficiencia de masa en la aplicación del art. 84.3?

SAP Murcia, sección 4, de 22 de marzo de 2018 (nº 187/2018; rec. 80/2018)

“Tercero. - El pago de créditos contra la masa

1. El orden de pago de los créditos contra la masa tras la reforma Ley 38/2011 se regula en el artículo 84.3, que tras disponer que " los créditos del número primero del apartado anterior se pagarán de forma inmediata "preceptúa

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

" Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá 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. Esta postergación no afectará a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social ".

Distinto es el caso de que los bienes resulten insuficientes para el pago de todos los créditos contra la masa, en el que el apartado 2 del artículo 176 bis impone un determinado orden y, en su caso, la distribución " a prorrata dentro de cada número ", con la salvedad referida a " los créditos imprescindibles para concluir la liquidación "

2. Aquí nos encontramos ante pagos realizados en el primer escenario, sujetos a la regla de vencimiento, sin atender a la naturaleza del crédito. En todo caso hay que tener en cuenta la excepción jurisprudencial de los llamados "créditos prededucibles", que atiende a criterios funcionales, ya que en esta categoría se insertan los gastos imprescindibles para realizar las operaciones de realización de activos, y que se satisfacen previamente al pago de los créditos concurrentes, no solo en el escenario de insuficiencia de masa activa (art176bis, que recoge los créditos imprescindibles) sino también en el de una fase de liquidación en la que, por no haber existido una comunicación de insuficiencia de activo, no opera el orden de prelación del art. 176 bis. 2 LC, sino el criterio de preferencia por vencimiento. Así lo consagra la STS de 6 de abril de 2017, seguida por la de 12 de septiembre , 2 y 23 de octubre de 2017

3. Al margen de esos créditos "prededucibles", lo que el art 84.3 LC introduce con la reforma de 2011 es un mecanismo flexibilizador, ante la queja de que la rigidez de la regla de vencimiento no casaba con criterios de racionalidad y de lógica empresarial, sobre todo en el caso de empresas concursadas en funcionamiento (...).

Es evidente que esta opción legal, al otorgar flexibilidad al sistema frente a la rigidez anterior, implica un riesgo, pues descansa es una presunción, cual es que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. De manera análoga ocurre en la LEC 1/2000 con la ejecución provisional de sentencias sin exigencia de caución, en la que se asume el riesgo de la imposibilidad de devolución de lo percibido, si después se revoca la sentencia y el ejecutante carece de activos para hacer efectiva esa devolución

*Dado que la alteración del orden de pago es una excepción a la regla general, **en la estimación de la masa activa pendiente deberá seguirse un criterio de prudencia valorativa, pero sin que se pueda exigir certeza absoluta** hasta el punto que algunas resoluciones, como la SAP de Álava, de 26 de septiembre de 2017 , considera cumplida la presunción cuando " no se ha aportado ni en la instancia, ni a ésta Sala ni prueba ni dato alguno que lleve a la misma a considerar que el administrador concursal ha satisfecho estas deudas en fraude de ley con pleno conocimiento de la imposibilidad de satisfacer los créditos contra la masa."*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

4. Si concurren los presupuestos legales, y se produce esa alteración, no podremos predicar infracción del art 84.3LC, aunque después no resultara suficiente el activo para atender los créditos contra la masa postergados. Dicho de otra manera, si el riesgo inherente a la facultad de alteración en el orden de pagos se materializa, no cabe predicar infracción del art 84.3, y proceder a reordenar los pagos según un estricto orden de vencimiento, que en el fondo es a lo que conduce la petición de la actora

*5. Solo se podrá apreciar quiebra del art 84.3 LC si el acreedor cuyo crédito contra la masa postergados que la alega acredita: a) que los créditos contra la masa de vencimiento posterior pagados- que deberá identificar - no responden al interés del concurso y, b) que el juicio de suficiencia de la masa activa pendiente de realizar - según inventarios e informes trimestrales- no estaba justificado. En todo caso, añadimos nosotros, **si los créditos abonados son prededucibles, ese pago estaría justificado.**”*

6.3. ¿Qué consecuencias tiene el silencio del acreedor que conoce la postergación de su crédito con motivo de los informes trimestrales?

SAP Bizkaia, sección 4, de 12 de julio de 2018 (nº 498/2018; rec. 604/2018)

“SEGUNDO.- Sobre el plazo para impugnar los pagos de créditos contra la masa

11.- Como la sentencia recurrida reprocha a la TGSS que conociendo los pagos hechos al letrado de la concursada por sus honorarios, devengados para solicitar el concurso, nada hubiera planteado en los informes trimestrales, la recurrente opone que no tiene la obligación de hacerlo en tanto que es en el momento de rendir cuentas cuando deben solicitarse las explicaciones pertinentes.

12.- No hay discusión en que en el informe del art. 75 LC y los trimestrales a que se refiere el art. 152 LC, se informaba del pago del crédito por honorarios de solicitud del concurso del letrado de la concursada. La sentencia argumenta que cuando se conoció nada se reclamó, pero hay que admitir con la recurrente que no había razón de hacerlo, porque cuando se pondera si los pagos han sido correctos es al rendir cuentas conforme a lo dispuesto en el art. 181 LC. No hay en el art. 152 previsión expresa, y aunque tampoco hay restricción, no cabe imponer al acreedor un modo concreto de defender sus derechos, que puede plantear en fase de rendición de cuentas donde está expresamente prevista la posibilidad de impugnación en el art. 181.2 LC.

13.- El acreedor de un crédito contra la masa puede reclamar su reconocimiento y pago en el modo que dispone el art. 84.4 LC, mediante incidente concursal. Dicho incidente no tiene dispuesto en ese precepto, ni en otro lugar de la ley, un plazo especial para su interposición. En consecuencia la constatación de que se ha pagado otro crédito contra la masa en los informes trimestrales del art. 152 no abre plazo alguno ni obliga a otro acreedor a presentar el incidente. Puede hacerlo, y puede también, como es el caso, aguardar a la rendición de cuentas para constatar las razones por las que su crédito contra la masa no se ha satisfecho cuando debió serlo.”

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

6.4. ¿Cuándo vence el crédito por honorarios del letrado instante del concurso? ¿Qué consecuencias puede tener para la AC el pago de créditos de vencimiento anterior?

SAP Bizkaia, sección 4, de 12 de julio de 2018 (nº 498/2018; rec. 604/2018)

“TERCERO.- Sobre el vencimiento del crédito del letrado por los honorarios de solicitud del concurso

14.- En el segundo motivo del recurso se discute cual sea el momento en que resulta exigible el crédito del abogado que solicitó la declaración de concurso, situado en el art. 84.2.2º LC. La sentencia recurrida sostiene que son exigibles cuando se presta el servicio y termina la fase procesal a que se refiere la minuta, que la resolución apelada mantiene que es el auto de declaración de concurso, y por tanto, antes de que se vencieran los créditos contra la masa de la TGSS.

15.- El art. 84.2.2º LC dispone que son créditos contra la masa " los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso". La jurisprudencia ha entendido en STS 393/2014, de 18 julio, rec. 2838/2012, y 15/2018, de 12 de enero, rec. 1923/2015, que para tener la consideración de créditos contra la masa han de ser necesarios. Esto sucede cuando su intervención es obligatoria, requisito que concurriría porque para solicitar ser declarado en situación de concurso el art. 184.2 obliga a venir representado por Procurador y asistido de abogado.

16.- En cuanto al vencimiento a que alude el art. 84.3 LC, sólo se produce cuando el servicio haya sido efectivamente prestado. Esto no sucede con la preparación y solicitud de concurso, ni cuando se produce la declaración de concurso. Hemos dicho anteriormente que los honorarios devengados por la actuación del letrado de la concursada en la fase común se devengan y habrán vencido cuando la fase común haya concluido, porque hasta ese momento procesal no se completan los servicios de asistencia jurídica que justifican los honorarios del letrado, en SAP Bizkaia, Secc. 4ª, 396/2013, de 28 junio, rec. 831/2012. Pese a que la Administración Concursal considera que tal resolución se refiere a actuaciones en la fase común, la misma dice al comienzo de su Fundamento Jurídico 4º que " Tampoco compartimos con el Juzgador de la instancia el criterio aplicado en cuanto al vencimiento de los honorarios del Letrado instante del concurso, crédito cuyo vencimiento debe situarse cuando finaliza la fase común y no en el momento de la declaración del concurso-", de modo que claramente se refiere a los devengados por la solicitud de declaración de concurso.

17.- El criterio que mantiene esta sala es mayoritario, y en tal sentido pueden citarse la SAP Asturias, Secc. 1ª, 228/2014, de 2 septiembre, rec. 149/2013, que sostiene que " tratándose de honorarios y derechos correspondientes a la fase común del proceso concursal, tanto su devengo como su vencimiento debe situarse en el momento en que termina esa fase común, pues es entonces cuando finalizan los servicios prestados por aquellos profesionales-". Otro tanto mantiene la SAP Badajoz, Secc. 2ª, 313/2014, de 30 diciembre, rec. 474/2014, al explicar que el " vencimiento de los honorarios de los profesionales que asisten a la concursada se produce cuando finaliza la fase común y no en el momento de la declaración del concurso o cuando se lleva a cabo una puntual actuación, como es el caso de la tramitación de un expediente de regulación de empleo.

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

Y es que no cabe confundir devengo con vencimiento. No es razonable propugnar el vencimiento de un crédito por la prestación de unos servicios que están todavía por consumarse. En el arrendamiento de servicios, la obligación de pagar el precio surge una vez prestado el servicio. Y en el procedimiento concursal, ese servicio no se agota con la solicitud de concurso, va más allá. De ahí que hasta tanto no llega a su fin la fase común, los honorarios de los profesionales no sean exigibles. Para que el crédito nazca, primero debe devengarse y el devengo sobreviene, como se ha expuesto, con la efectiva prestación del servicio. Y ese servicio, dentro del concurso, perdura y no se completa hasta que termina la fase común. Es entonces cuando tiene lugar el vencimiento". En el mismo sentido la SAP Madrid, Secc. 28ª, 9/2016, de 18 enero, rec. 46/2014, mantiene que " la minuta de honorarios que contempla la fase común del concurso no resulta exigible sin que los servicios se hubieran prestado, es decir, sin que hubiese concluido la fase común".

18.- Manteniendo esa interpretación hay que acoger igualmente el motivo del recurso, en tanto que el vencimiento de los créditos de la TGSS es anterior (septiembre de 2015, fecha declaración del concurso, a 2016, doc. nº 1 de la demanda incidental, folios 10 y 11 de los autos), a la terminación de la fase común el 13 de enero de 2016. No existe imposibilidad procesal, como sostiene la representación de la concursada, para adoptar esta decisión, porque la TGSS lo que planteó fue la no aprobación de la rendición de cuentas y la condena a reordenar los pagos indebidamente realizados, por lo que no hay ningún cambio en segunda instancia que vede la norma procesal.

*19.- Todo ello supone estimar el recurso, revocar la sentencia, y además de condenar en costas con cargo a la masa a la Administración Concursal por aplicación de la remisión del art. 196.1 LC al art. 394.1 LEC, se acuerda **no aprobar la rendición de cuentas, condenando** como han hecho la STS 169/2017, de 8 marzo, rec. 1685/2014, o 288/2018, de 21 mayo, rec. 1854/2015, a que la Administración Concursal **reordene los pagos** teniendo en cuenta que el crédito contra la masa del letrado que solicitó la declaración de concurso tiene su vencimiento el 13 de enero de 2016, cuando finaliza la fase común, por lo que el importe indebidamente abonado correspondería a los créditos contra la masa de vencimiento anterior".*

6.5. Condena a la reordenación de pagos en las sentencias resolviendo oposiciones a la rendición de cuentas. Posturas discrepantes de los tribunales.

- **La SAP de Bizkaia antes citada dispone la reordenación.**
- **SJM nº 1 de Donostia de 11 de junio de 2018 (nº 197/2018; rec. 225/2018)**

"Por todo ello, la oposición a la rendición de cuentas no puede ser cauce para una reordenación de los pagos realizados a lo largo del proceso concursal; los pagos ya se han realizado, de forma correcta o incorrecta y no pueden ser atacados en este momento final del concurso, sino, en su caso, antes, por la vía del art. 84.4 y sin perjuicio de obtener un resarcimiento, en su caso, por la vía de la responsabilidad del art. 36 LC".

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

- **STS de 21 de mayo de 2018 (n° 288/2018; rec. 1854/2015) en un incidente del art. 84.4 LC**

La **petición** era ésta: «por la que declare que la Tesorería General de la Seguridad Social ostenta un crédito contra la masa generado entre 03/2009 y 08/2011 ascendente a 389.119,80 € más lo que se haya generado hasta la fecha de la sentencia, y que el pago de los créditos contra la masa debe hacerse por el orden de sus vencimientos, condenando a la Administración Concursal a su abono por este orden y, si fuera necesario, por no disponer de dinero para ello, sea condenado a reintegrar a la masa lo cobrado en concepto de honorarios para proceder al abono de los créditos contra la masa conforme al orden legalmente establecido».

El TS dice: “*El abono de los créditos contra la masa (salvo los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional) debe hacerse a sus respectivos vencimientos (la fecha no es la del devengo, sino la del vencimiento). Fijación de honorarios de los administradores concursales. Forma de abono (RD 1680/2004). La fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a la retribución de la administración concursal no es la de aceptación del cargo, sino la de prestación efectiva de servicios, con los hitos temporales de vencimiento previstos en el RD 1680/2004 (la primera mitad de los honorarios correspondientes a la fase común, el quinto día siguiente a la firmeza del auto de su fijación; la segunda mitad, el quinto día siguiente a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común o resolución equivalente; en las fases de convenio y liquidación, por meses vencidos, el quinto día posterior a cada mensualidad; todo ello salvo que el juez aprecie causa justificada y razonada para alterar esas fechas; siempre en relación con servicios prestados y nunca respecto a servicios pendientes de prestación). La administración concursal debe confeccionar nueva relación de créditos contra la masa ajustada al criterio fijado, con devolución, en su caso, de lo percibido al margen del mismo. Costas: dudas de derecho (criterios contradictorios entre Audiencias).*”

- **STS 8 de marzo de 2017 (n° 170/2017. Incidente de oposición de la rendición de cuentas a instancias de la TGSS por postergación de su crédito en relación con los honorarios de la AC.**

Aquí el TS recuerda la doctrina sobre el vencimiento de los honorarios de la AC, cuando los servicios sean efectivamente prestados y conforme a los hitos que resultan del Real Decreto 1860/2004 (salvo que el juez acuerde otra cosa) (SSTS 8 de junio de 2016 (n° 391 y 392) y STS 25 de octubre de 2016 (n° 629)). Aprecia la postergación de pagos y en cuanto a la reordenación dice literalmente “La administración concursal deberá confeccionar una nueva relación de créditos contra la masa ajustada al criterio establecido en la presente resolución”.

En la STS 8 de junio de 2016 (391) dice el TS que la AC debe reintegrar a la masa los honorarios para dar cumplimiento al orden de prelación y CONDENA a la devolución de los honorarios.

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

La pregunta es si esa condena se haría también en relación con otros pagos indebidos.