

Roj: STS 4078/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100437  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1717/2011  
Nº de Resolución: 493/2013  
Procedimiento: Casación  
Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintidós de Julio de dos mil trece.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, respecto de la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de León, como consecuencia de autos de incidente concursal 803/2010/01, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil 1 de León (antiguo Juzgado de Primera Instancia 8 y Mercantil). Siendo parte recurrida D. Ignacio , en su propio nombre y en calidad de ADMINISTRADOR CONCURSAL de la entidad CONSTRUCCIONES, OBRAS PUBLICAS Y PROMOCIONES SALVADOR CALLEJA E HIJOS, S.L., estando representada por la procuradora Dª María del Pilar Pérez Calvo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Tramitación en primera instancia

1. Ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León, el Letrado 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 la Entidad mercantil CONSTRUCCIONES, OBRAS PUBLICAS Y PROMOCIONES SALVADOR CALLEJA E HIJOS, S.L., en la que suplicaba lo siguiente: "[...] se dicte sentencia por la que se califiquen los créditos de la TGSS conforme a la certificación extendida por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social que se acompaña con el presente escrito, y solicitando la inclusión de la cuantía del crédito reseñado con la **calificación de crédito contra la masa, incluyendo principal y recargos** , teniendo a la Administración Concursal por parte demandada y dando traslado a ésta y a las demás partes personadas en autos a los efectos de esta Ley y, tras los trámites de aplicación dicte sentencia estimatoria de esta demanda ordenando modificar la lista de acreedores de acuerdo con la nueva certificación extendida y que se acompaña con el presente escrito y asimismo para que el crédito contra la masa del demandante sea incluido y fijado en la cuantía de 8.293,46 euros, condenando a las demás partes a estar y pasar por dicha inclusión [...]"

2. El procurador D. Pablo Calvo Liste en representación de la ADMINISTRACION CONCURSAL de la entidad mercantil CONSTRUCCIONES, OBRAS PUBLICAS Y PROMOCIONES SALVADOR CALLEJA E HIJOS, S.L., contestó la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dicte sentencia en su día en la que se acuerde:

1º Reconocer a la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en los Textos definitivos de la Lista de Acreedores, los siguientes crédito concursales: la cantidad de 8.712,92 euros como crédito con privilegio general del artículo 91.2º LC ; la cantidad de 34.540,96 euros como crédito con privilegio general del artículo 91.4º LC la cantidad de 34.540,96 euros como crédito ordinario y la cantidad de 16.798,93 euros como crédito subordinado.

2º Reconocer a la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, como crédito contra la masa y por importe de 6.911,22 euros, las cuotas devengadas en el periodo julio de 2007, y declarar la improcedencia y consiguiente exclusión de un crédito contra la masa por importe de 1.382,24 euros reclamado en concepto de recargo sobre la indicada cuota.

3º Imponer las costas a la demandante, si se estima que concurren los requisitos legales para este tipo de pronunciamientos. [...]".

3. El Juez de lo Mercantil nº 1 (antiguo 1ª Instancia 8 y Mercantil) de León dictó Sentencia con fecha 9 de diciembre de 2010 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: ESTIMO PARCIALMENTE la demanda incidental deducida por la representación de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en impugnación de la lista de acreedores contenida en el informe provisional de la administración concursal, de manera que habrán de entenderse reconocidos a aquella en el informe definitivo los siguientes créditos:

- a) Privilegio general: 91.2 LC: 8.712,92 #
- b) Privilegio general 91.4 LC: 34.540,96 #
- c) Ordinario: 34.540,96 #
- d) Subordinado: 16.798,93 #
- e) Contra la masa: 6.911,22 #.

Sin que proceda pronunciamiento de condena en costas, de manera que cada parte habrá de abonar las ocasionadas a su instancia, y las comunes si las hubiere por mitad."

#### **Tramitación en segunda instancia**

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. La representación de la Administración Concursal de la Entidad mercantil CONSTRUCCIONES, OBRAS PUBLICAS Y PROMOCIONES SALVADOR CALLEJA E HIJOS, S.L. y la propia sociedad concursada presentaron sendos escritos de oposición al recurso de apelación.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de León, que dictó Sentencia el 13 de abril de 2011 , cuya parte dispositiva decía:

"FALLAMOS: SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en la representación y defensa que por Ley le corresponde de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la Sentencia de fecha 9 de diciembre de 2010, dictada en el incidente concursal 803/2010 del Juzgado de lo Mercantil de León , que confirmamos íntegramente sin imposición de las costas del recurso de apelación. "

#### **Interposición y tramitación del recurso de casación.**

5. El Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, basándose en los siguientes motivos:

**UNICO** .- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC por infracción de los artículos 84.2.5º y 154 de la Ley Concursal ".

6. Por Diligencia de Ordenación de 29 de Junio de 2011, la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece 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 D. Ignacio , en su propio nombre y en calidad de ADMINISTRADOR CONCURSAL de la entidad CONSTRUCCIONES, OBRAS PUBLICAS Y PROMOCIONES SALVADOR CALLEJA E HIJOS, S.L.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 10 de abril de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

" 1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación procesal de TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la Sentencia dictada, con fecha 13 de abril de 2011, por la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 144/2011 , dimanante de los autos de incidente concursal nº 803/2010/01 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de León.

2º) Entréguese copias del escrito de interposición del recurso admitido, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que, en el plazo de VEINTE DIAS, formalice su oposición por escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría".

La representación de D. Ignacio , en su propio nombre y en calidad de ADMINISTRADOR CONCURSAL de la entidad CONSTRUCCIONES, OBRAS PUBLICAS Y PROMOCIONES SALVADOR CALLEJA E HIJOS, S.L, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación interpuesto.

9. Al no solicitarse por la parte recurrente la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 6 de mayo de 2013, para votación y fallo el día 27 de junio de 2013, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Resumen de antecedentes

**PRIMERO.- 1.** Como en otros supuestos ya resueltos por esta Sala, SSTS de 14 de marzo , 20 y 25 de junio de 2013 , el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación y defensa de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, planteó demanda de incidente concursal, frente a la ADMINISTRACION CONCURSAL de la entidad CONSTRUCCIONES, OBRAS PUBLICAS Y PROMOCIONES SALVADOR CALLEJA E HIJOS, S.L., solicitando que se reconociera como crédito contra la masa la cantidad debida a la citada Tesorería, correspondiente a cuotas devengadas por la actividad de la empresa concursada con posterioridad a la declaración de concurso, incluyendo las cantidades correspondientes a los recargos, por no haber sido pagadas en el periodo reglamentariamente determinado.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda incidental y estableció que se tenía que reconocer como crédito contra la masa la suma de 6.911,22 euros, no incluyendo los recargos por la suma de 1.382,24 Euros.

Recurrió en apelación tanto el Letrado de la Tesorería General de la Seguridad Social.

La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, señalando que reconoce que, aunque existen posiciones encontradas entre diferentes Audiencias y Juzgados Mercantiles, entendió que los recargos no tienen encaje en el art. **84.2** Ley Concursal . Se refirió, entre otras, a la Sentencia de 2 de febrero de 2010 de la misma Audiencia Provincial de León , que sentó el criterio que viene manteniendo la misma (Sentencias de la Audiencia Provincial de 18 y 21 de mayo de 2010). La Audiencia Provincial señala que procede reconocer como crédito contra la masa la cantidad correspondiente al principal de las cuotas devengadas con posterioridad a la declaración del concurso (ex art. **84.2.5º**), pero no las cantidades reclamadas en concepto de recargos. Razona la Sentencia de la Audiencia Provincial que (i) no se contemplan los recargos diferenciados de la deuda principal, generados por la actividad empresarial (ii) el art. 27 de la LGSS tiene una clara finalidad coercitiva, disuasoria y de estímulo al pago, pero esta compulsión para el pago entra en contradicción con lo dispuesto en el art. 154.2 LC , (iii) otras argumentaciones análogas, anteriores a la promulgación de la Ley 38/2011, que alteró sustancialmente el pago de créditos contra la masa, por lo que no es preciso destacar. En su consecuencia, confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de León, sin imposición de costas.

### Recurso de Casación.

#### **SEGUNDO.- Infracción de los artículos 84.2.5º y 154 de la Ley Concursal .**

El recurrente señala que la cuestión objeto del recurso consiste en determinar si los recargos correspondientes a deudas por cuotas de Seguridad Social posteriores a la declaración de concurso deben tener o no la consideración de crédito contra la masa. Mientras que la Sentencia de la Audiencia Provincial de León niega tal carácter, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Córdoba de 27 de octubre de 2006 , de la Rioja de 6 de octubre de 2008 y de Asturias de 8 de octubre de 2007 reconocen la naturaleza de crédito contra la masa.

En el desarrollo del recurso el Letrado de la Seguridad Social, con invocación del art. 25 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 10, ap. 5º del Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social (RD 1415/2004), entiende que los recargos son deuda de la Seguridad Social, nacen *ex lege* , se devengan en forma automática y deben liquidarse e ingresarse de forma conjunta con su principal, sin que la deuda pueda entenderse satisfecha hasta que se produzca el ingreso del importe íntegro. Por último, afirma que el art. **84.2.5º** LC , en su dicción literal, no excluye de las deudas devengadas con posterioridad al concurso, como consecuencia " *del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor* ", lo que debe ser considerado como recargos, y la sentencia aquí combatida, distingue donde no lo hace la ley, a diferencia de las sentencias antes invocadas como contradictorias.

### TERCERO.-Estimación del único motivo de casación.

Esta Sala se ha pronunciado sobre la cuestión planteada en el presente recurso. Así las SSTS núm. 379/13 de 4 de junio , 315/13 de 23 de mayo , 246/13 de 14 de mayo y 321/13 de 9 de mayo , y posteriores, han resuelto la cuestión litigiosa en el sentido de estimar el recurso por considerar que los recargos generados por el impago de las cuotas devengadas de la Seguridad Social, con posterioridad a la declaración de concurso y como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional del concursado (ex art. 44 LC ), comparten el carácter de crédito contra la masa.

Ciertamente el art. 81.2.5º de la LC atribuye a los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, la consideración de crédito contra la masa, sin hacer ninguna previsión específica respecto de los recargos de las cuotas de la seguridad social, a diferencia de los recargos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, que tienen la consideración de subordinados.

En tanto que los créditos concursales no son exigibles tras la declaración del concurso hasta que no se alcance la solución al mismo, bien sea la de convenio bien sea la de liquidación, los créditos contra la masa deben ser pagados a su vencimiento, según establece actualmente el art. 84.3 de la LC , tras la reforma de la Ley 38/2011. Si bien el citado precepto (antes el art. 154.2 LC ) faculta a la administración concursal a alterar esta regla (la del vencimiento) cuando lo considere conveniente en interés del concurso, siempre que presuma que existe masa activa suficiente para satisfacer la totalidad de los créditos contra la masa, tal postergación sufre determinadas excepciones, entre ellas, los créditos de la Seguridad Social. El impago de las cuotas de la Seguridad Social, devenga el correspondiente recargo si no son satisfechas a su vencimiento. Aunque el art. 55.1 de la LC excluye el inicio de ejecuciones singulares tras la declaración del concurso, ninguna norma impide que la cuota de la Seguridad Social devengada, que tiene la consideración de crédito contra la masa, exigible a su vencimiento, su impago origine el nacimiento del correspondiente recargo, conforme establece el art. 25 de la LGSS . Recargo que tendrá la misma consideración de crédito contra la masa que el crédito que ha motivado su devengo, por aplicación de la regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal ( SSTS 705/2012, de 26 de noviembre y 237/2013, de 9 de abril ).

Por las razones que anteceden, el recurso debe ser estimado y procede reconocer como crédito contra la masa, los recargos generados por el impago de las cuotas de la Seguridad Social, posteriores a la declaración de concurso en el periodo legalmente previsto.

### CUARTO.-Costas.

No procede hacer expresa condena en costas a los recursos de apelación y de casación, de conformidad con los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al ser ambos recursos estimados. No procede hacer expresa imposición de costas de primera instancia, pese a la íntegra estimación de las pretensiones de la TGSS, en atención a las serias dudas que pudieran haber generado la interpretación de los preceptos legales invocados y las sentencias de las Audiencias Provinciales, contrarias en la materia ( art. 394 de la LEC ).

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

### FALLAMOS

**1.** Declaramos **haber lugar** al recurso casación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la Sentencia nº 141/11 de la Audiencia Provincial de León de 13 de abril de 2011, Sección Primera, que resuelve el recurso de apelación 144/2011 .

**2. Casamos** la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno. En su lugar, dictamos otra sentencia por la que estimamos el recurso de apelación interpuesto por la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de León el 9 de diciembre de 2010 , en el incidente concursal 803/2010/01, que revocamos y, estimando plenamente la demanda incidental, le reconocemos un crédito contra la masa por importe de mil trescientos ochenta y dos euros con cincuenta y cuatro céntimos (1.382,54.-#) en concepto de recargos, correspondientes a la certificación administrativa acompañada junto con la demanda emitida por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social de León.

**3.** No hacemos expresa imposición de costas ni en primera ni en segunda instancia ni tampoco las imponemos por el recurso de casación.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Fdo: Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Fdo: Antonio Salas Carceller.- Fdo: Ignacio Sancho Gargallo.- Fdo: Rafael Saraza Jimena.- Fdo: **Sebastian Sastre Papiol**.- FIRMADO Y RUBRICADO PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Sebastian Sastre Papiol**, 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ