

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE CÓRDOBA
[Incidente 1/2005 del concurso 26/2004] DE 28 DE JUNIO DE 2005
[Magistrado: Pedro José Vela Torres]**

Impugnación de la lista de acreedores.- Interpretación del artículo 87.6 de la Ley Concursal. Rechazo de la tesis “literalista”. La interpretación literal, sistemática y teleológica conducen a la tesis de que la norma sólo opera en caso de pago por el fiador

“Primero.- Se plantea en este incidente concursal la muy problemática interpretación del controvertido artículo 87.6 de la Ley Concursal. Aunque en este caso el supuesto de hecho no es exactamente el previsto en dicho precepto, se considera correcta la aplicación analógica efectuada por la administración concursal, a falta de otra previsión legal al respecto, por lo que la cuestión estriba en el alcance que se dé a dicho precepto. A falta de jurisprudencia e incluso de resoluciones de las Audiencias Provinciales, dada la reciente entrada en vigor de la Ley Concursal, la doctrina tampoco ofrece una solución uniforme. Un importante sector doctrinal defiende una interpretación literal o apegada a la letra de la norma de modo que sostiene que la Ley Concursal penaliza al acreedor garantizado o al fiador en vía de regreso en la medida que se sacrifica el interés del acreedor afianzado o del fiador, debiendo efectuarse la calificación menos gravosa para el concurso entre las que corresponda a uno o a otro, entendiendo como tal la del crédito subordinado frente al general y ésta frente a la de crédito privilegiado. Dentro de este sector, algún comentarista entiende que el crédito del acreedor principal queda afectado por la subordinación cuando el crédito del fiador sea subordinado, si bien matiza que la solución consagrada en la Ley es excesiva y plantea incluso una lectura alternativa de la regla reduciendo su eficacia a aquellos casos en los que no sea posible la corrección sobrevinida de la calificación del crédito por la subrogación del deudor y cuando dicha corrección pueda llevarse a efecto, deberá permitirse la comunicación del crédito principal con el grado que le es propio y proceder posteriormente a su degradación, rechazando, además, la subordinación por razón de la calificación del crédito del fiador cuando el acreedor principal sea titular de una garantía real.

Segundo.- Otros autores, se alejan de la interpretación más literal del precepto y la abandonan, fundamentalmente, porque conduce a resultados absurdos. Resumidamente, consideran que la polémica regla sólo es de aplicación cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante o codeudor, esto es, el crédito directo del acreedor no se contamina con la condición de subordinado del crédito de reembolso del fiador y además debe tratarse de una adquisición total o parcial del crédito por vía de subrogación por pago postconcursal. Es decir, parten de la base de que la opción por la calificación menos gravosa para el concurso sólo tiene lugar en caso de subrogación del fiador. Debe adelantarse ya que la interpretación por la que se inclina este Juzgado se enmarca en este segundo grupo, por las razones que se expondrán a continuación.

Tercero.- El artículo 87.6 de la Ley Concursal no sólo contiene una norma de reconocimiento de créditos, que es lo que pregona el título genérico del precepto ("Supuestos especiales de reconocimiento"), sino que también contiene una norma adicional de calificación, que constituye el texto que da origen a la controversia: «En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador». Y lo que establece dicha norma es que si la calificación que corresponde al acreedor y al fiador es distinta, la administración concursal ha de optar por «la que resulte menos gravosa para el concurso». A criterio de este Juzgado, la denominada "interpretación literalista" ni siquiera tiene sustento en la literalidad del precepto. Cuando la norma utiliza la expresión estos créditos, el término "estos" tiene que referirse a los más cercanos en el texto, es decir, aquellos en que se haya producido la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador, pues de referirse a todos los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero, a los que se refiere antes, habría debido utilizar el término "aquellos" y no "estos". Por tanto, el pronombre demostrativo «estos» se refiere a lo más cercano en la construcción gramatical de la norma, a los créditos en los que se ha producido el cambio de titular en caso de pago por el fiador. Así, quedan fuera del ámbito normativo del segundo inciso del artículo 87.6 de la Ley Concursal los créditos afianzados por terceros mientras el fiador no haya pagado, porque el fiador aún no se ha subrogado en el crédito frente al deudor y no se ha producido el cambio de titularidad. Esta conclusión encuentra también apoyo en que los créditos afianzados se reconocerán, según el primer inciso del artículo 87.6 de la Ley Concursal, «sin limitación alguna». Incurriría la Ley en contradicción si, tras esa regla, el segundo inciso dispusiera que se degrada el crédito porque está afianzado por persona especialmente relacionada con el concursado.

Otro tanto sucede con la expresión "en todo caso", que en castellano no significa necesariamente "siempre" o "en todos los supuestos", sino que, aparte de tales posibles significados, también es una locución adverbial equivalente a la frase "sea lo que fuere". En el precepto analizado, se trata de una expresión que refuerza el carácter imperativo de la norma, de modo que verificadas por la administración concursal las calificaciones que corresponden al acreedor y al fiador, que ya ha pagado, la norma obliga a dicha administración concursal a optar por una de ellas, y en concreto por la «menos gravosa para el concurso», «en todo caso», que significa: ya sea la que corresponda al acreedor pagado, ya la que corresponda al fiador pagador, la de peor calificación será la que proceda; de ser la calificación que corresponda al fiador la menos gravosa, por más degradada, le será ésta de aplicación, pero también en el otro caso, de ser la del acreedor menos gravosa que la que corresponda al fiador, será aquella la que se imponga, aunque el titular del crédito concursal sea ya el fiador que ha pagado.

En cuanto a la expresión "menos gravosa para el concurso", en el contexto general de la Ley Concursal, lo menos gravoso es la clasificación de menor rango entre los créditos concursales.

Por último para acabar con el análisis literal, la expresión "entre las que correspondan al acreedor y al fiador", se está refiriendo a la calificación que

corresponde al acreedor o al fiador, o sea, a alguno de los sucesivos titulares del crédito. No es la que corresponda objetivamente al crédito, por las garantías reales que lo acompañen, por su naturaleza intrínseca o por su causa, sino la que corresponda subjetivamente a su titular, el acreedor o el fiador; "por la condición personal de sus titulares", como dice la Exposición de Motivos.

Cuarto.- En suma, desde la perspectiva de la interpretación gramatical expuesta, la Ley Concursal evita con esta norma que el mecanismo de la subrogación por pago del fiador sirva para defraudar las normas de clasificación de los créditos subordinados. En el supuesto de un crédito afianzado por personas especialmente relacionadas con el concursado, lo que resulta «gravoso para el concurso», es que el fiador especialmente relacionado con el concursado, que paga y que, por consiguiente, obtiene un crédito de reembolso contra el deudor concursado, pudiera eludir injustificadamente la calificación que a este crédito corresponde por la relación de su titular frente al concursado (art. 92.5º LC) mediante la subrogación en los derechos de un acreedor privilegiado.

Quinto.- Desde el punto de vista de la interpretación sistemática, debe tenerse en cuenta que el artículo 92 de la Ley Concursal, que enumera los créditos que deben calificarse como subordinados, no incluye entre ellos a los afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado. Ni tampoco dice expresamente que lo sean el artículo 87.6 de la Ley Concursal. Parece, pues, que de haber querido el legislador que los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado fueran clasificados como subordinados, lo debería haber dispuesto o incluido en el artículo específicamente dedicado a los mismos (art. 92 LC), o bien en el artículo 93, como ha hecho con la presunción que alcanza a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado (art. 93.3 LC). Por tanto, a la vista de la ubicación sistemática del artículo 87.6, su segundo inciso no debe interpretarse como norma reguladora de un supuesto de subordinación de los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas, sino como una norma que impide que se pueda defraudar el régimen de clasificación de créditos, por la circunstancia especial de la concesión al fiador solvens de la vía subrogatoria para obtener la satisfacción de su crédito de reembolso. Además, es significativo que la Exposición de Motivos no aluda entre los créditos «que merecen quedar postergados tras los ordinarios» a los que estén afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado, ni tampoco lo haga al tratar del reconocimiento de créditos. Y se trata de un tema de tal trascendencia y novedad que parece evidente que hubiera merecido mención especial en la exposición de motivos.

Sexto.- Junto a esta interpretación "intrasistemática" en la propia Ley Concursal, el sentido del artículo 87.6 debe ser coherente no solo con el régimen del concurso, sino también con el de la fianza, dado el reconocido propósito de la Ley Concursal, según su exposición de motivos, de «coordinar la originalidad del nuevo sistema concursal con su armónica inserción en el conjunto de nuestro ordenamiento». Conforme al artículo 1.822 del Código

Civil, el fiador debe ejecutar la prestación debida al acreedor por el deudor si no lo hace éste. Es decir, la fianza tiene una evidente función de garantía, en este caso de carácter personal. Garantía que surte con mayor eficacia sus efectos en aquellos casos como el concurso en que el deudor principal tiene graves dificultades para el cumplimiento de sus obligaciones. Para encajar la norma concursal y el ordenamiento extraconcursal regulador de la fianza, la aplicación del artículo 87.6 a los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas con el concursado no puede tener como consecuencia jurídica la aplicación a esos créditos de la calificación que correspondería al crédito de reembolso de esas personas, mientras no se haya producido el pago del garante y, con él, la sustitución en la titularidad del crédito. No puede sancionarse al acreedor afianzado hasta el extremo, dados los gravosos efectos que la subordinación produce, de anular el valor de este crédito en el concurso.

Séptimo.- En una interpretación teleológica, atendiendo al espíritu y finalidad de la norma, debe tenerse en cuenta que la Ley Concursal parte del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas (Exposición de Motivos). La subordinación produce, jurídicamente, una merma de los derechos y facultades que en el concurso corresponderían a sus titulares si fueran calificados como ordinarios o, no digamos, como privilegiados y, en consecuencia, una pérdida o reducción sustancial del valor patrimonial de los créditos así clasificados. Estas graves sanciones que la Ley Concursal aplica a las personas especialmente relacionadas con el deudor y a la subordinación de sus créditos, se basan en una postergación que se corresponde con la sospecha que suscita la cercanía subjetiva al concursado, dato relevante en el Derecho concursal; pero la gravedad excepcional de esas medidas no puede extenderse a otras personas, como son los acreedores extraños a ese círculo, a quienes alguna persona perteneciente a él haya afianzado su crédito. Por ello, debe reiterarse que, en realidad, con la aplicación del segundo inciso del artículo 87.6 de la Ley Concursal a los créditos afianzados, se trata de evitar que los fiadores paguen a los acreedores y, mediante la subrogación en sus derechos frente al deudor, por aplicación del artículo 1.839 del Código Civil puedan defraudar la calificación que a su crédito de regreso le corresponde de acuerdo con la aplicación del artículo 92.5º de la Ley Concursal. Sería completamente asistemático y atentaría contra el espíritu y finalidad de las normas que el acreedor que se ha preocupado de garantizar el valor de su crédito ante la eventualidad del concurso, mediante una fianza, no pueda beneficiarse de esas cautelas por la regulación concursal, que mermaría los derechos y facultades concursales de su crédito y, en definitiva, lo expulsaría al final de la lista en el orden de pago.

Octavo.- En resumen y como consecuencia de todo lo expuesto, la administración concursal ha de reconocer el crédito del acreedor con fianza de tercero, antes de que éste haya pagado, por su importe y sin limitación alguna, y clasificarlo dentro de la clase que le corresponda conforme a los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal, sin que la que pudiera corresponder, en su caso, al crédito del fiador influya ni condicione en forma alguna aquella calificación. Puesto que la norma contenida en el último inciso del apartado 6

del artículo 87 sólo es de aplicación en el supuesto de que el fiador se haya subrogado por pago en el crédito afianzado y el acreedor o el fiador sean personas especialmente relacionadas con el deudor (...).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN DE 19 DE OCTUBRE DE 2005. CONFLICTO NÚMERO 4/2005, SUSCITADO ENTRE EL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA Y LA DELEGACIÓN ESPECIAL DE LA AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA EN CANARIAS

La posición privilegiada de la Hacienda Pública en el concurso de acreedores no se extiende a la determinación del órgano jurisdiccional o administrativo competente para conocer de la cuestión.

“Primero- El conflicto de jurisdicción (...) debe decidirse, de conformidad con el parecer del Ministerio Fiscal, a favor del Juzgado de lo Mercantil. Al respecto, cuando se analiza la posición de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales, se la reconoce una posición privilegiada, tanto en la vertiente formal y procedimental, como en relación al carácter singular o preferente del crédito tributario respecto de otros créditos en orden a la prelación para su cobro, al modo de un privilegio material y sustantivo, que ha tenido y puede tener una justificación, en aras a la mejor consecución o logro del interés público, y aún se mantiene tal situación privilegiada en orden a la ejecución separada en ámbitos propios de la ejecución de créditos tributarios, pero tal posición privilegiada carece de fundamento cuando se examina desde la perspectiva procesal, como sostiene el Ministerio Fiscal, por cuanto debe rechazarse todo intento de mantener una situación privilegiada cuando la cuestión se centra en definir el órgano jurisdiccional o administrativo que ha de conocer de cuestión o de materia residenciable en sede jurisdiccional, respecto a cuya cuestión ha de partirse del significado y generalidad del sometimiento de tales cuestiones al orden jurisdiccional competente por razón de la materia, sin pretendidos privilegios jurisdiccionales o procesales que no cuentan con una base firme constitucional y que impliquen una quiebra inherente al Estado de Derecho, definido constitucionalmente. Siendo así, en el presente caso, como razona con fundamento el Ministerio Fiscal, que comparte este Tribunal de Conflictos cuantos alegatos se hacen a favor del sometimiento de la cuestión a la jurisdicción, entrañarían una pretendida posición privilegiada que no es menester para la defensa de intereses públicos ni menos para el singular que está en la base del conflicto planteado (...).

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 5 DE MADRID [Autos 12/2004] DE 17 DE MAYO DE 2005 [Magistrado: Alberto Arribas Hernández]

Impugnación de la lista de acreedores.- La clasificación de créditos.- Interpretación del artículo 77 de la Ley General Tributaria. La Ley General Tributaria no deroga la Ley Concursal, que es ley especial frente a la Ley Tributaria.- Imposibilidad material y procesal de reclasificar el crédito de la Hacienda Pública por la simple apertura de la fase de liquidación

“Primero.- La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, interesa que se reconozca la totalidad del crédito que ostenta la Hacienda Pública (351.257,20 euros), como crédito privilegiado en aplicación del artículo 77.1 de la Ley General Tributaria, al haberse abierto la fase de liquidación.

Segundo.- Como indica la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, la regulación de la clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la Ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, con la finalidad no sólo de fomentar soluciones de convenio que estén apoyadas por los trabajadores y la Administración pública en la parte en que sus créditos no gozan de privilegio, sino también de evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y, sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto. En definitiva, el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.

Una de las más claras manifestaciones normativas de la voluntad del legislador, reflejada en la Exposición de Motivos, es el artículo 89 de la Ley Concursal al señalar que “...no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley.”

Desde luego, el legislador no puede imponer para el futuro la inmutabilidad de una norma de forma que impida su ulterior modificación, ahora bien, lo que sí hace dicho precepto es reforzar el carácter de ley especial de la Ley Concursal en materia de clasificación de créditos y cualquier privilegio o preferencia debe introducirse expresamente en dicha norma.

En consecuencia, al margen de la crítica que pudiera efectuarse, desde un punto de vista de técnica legislativa, por el hecho de que una ley (Ley 22/2003, de 9 de julio, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004), en el particular de la trascendencia que ahora analizamos, pudiera derogarse parcial y tácitamente por una posterior (Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria que entró en vigor el día 1 de julio de 2004), antes de la propia entrada en vigor de aquélla, lo cierto es que a efectos concursales la Ley Concursal es *ley especial* y la Ley General Tributaria *general*, por lo que no cabe entender modificada la Ley Concursal en materia de privilegios por la ley general posterior, dada la prevalencia de la norma especial frente a la general

en aplicación de los principios *specialis precede lex generalis y specialis generalibus non derogat*.

Este carácter de ley especial de la norma concursal se refuerza a la vista de la disposición adicional octava de la propia Ley General Tributaria cuando señala que “lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, por lo que el legislador no sólo no modifica lo dispuesto en la Ley Concursal (que aún no había entrado en vigor) sino que se remite a su regulación específica, por lo que al entrar en vigor la Ley Concursal resultan plenamente aplicables los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal.

Tercero.- Por otra parte, de admitirse la tesis de la modificación formulada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria que, desde luego, tiene sólidos argumentos, el artículo 77.1 sería un precepto procesalmente inaplicable. No existe cauce procesal para “reclasificar” el crédito de la Hacienda Pública, pues ni está previsto en la Ley Concursal ni en la Ley General Tributaria.

En este concurso, tras las correspondientes impugnaciones, incluida la de la propia Agencia Estatal de la Administración Tributaria, se han presentado por la Administración concursal los textos definitivos del inventario y de la lista de acreedores (art. 96.4 LC). Permitir ahora, como consecuencia de la apertura de la liquidación, la “reclasificación” del crédito de la Hacienda Pública, no sólo genera una manifiesta situación de inseguridad jurídica, sino también de indefensión para el resto de acreedores que no han tenido ocasión de impugnar dicha clasificación y, además, elaborada la lista de acreedores por la Administración concursal, la única vía posible para modificarla es su impugnación en los términos señalados en el artículo 96 de la Ley Concursal, al margen como es lógico de las situaciones expresamente previstas en la Ley Concursal”.

SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE VITORIA [Incidente 75/2005 del concurso 27/2004] DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2005 [Magistrado: Edorta Etxarandio Herrera]

Impugnación de la lista de acreedores.- Calificación de los recargos tributarios como créditos subordinados.- Interpretación de la limitación cuantitativa del privilegio general de los créditos tributarios

“(…) Tercero.- La Tesorería General de la Seguridad Social deduce su impugnación a los textos del Informe de la administración concursal, en el sentido de debatir que su crédito por recargo sea subordinado, como se hace constar en el Informe, de un lado, y el itinerario de cálculo del privilegio general de artículo 91-4º de la Ley Concursal.

Ya se ha explicitado en anteriores sentencias de este Juzgado su respuesta en el asunto, que se inclina por la exégesis menos favorecedora de las ventajas de la fiscalidad, o de la parafiscalidad, que en definitiva es la Seguridad Social, puesto que cotizaciones y tributos son créditos públicos cuya protección aventajada no obedece a su recaudación en sí misma, sino que es funcional, en atención de los servicios a que subviene la Seguridad Social o los Presupuestos Generales, puesto que funcionales son cotizaciones y tributos, sin que tenga sentido exclusivamente por mera praxis acrecentadora del éxito de determinada recaudación ejecutiva. Y si en las situaciones de solvencia, la preferencia de estos créditos del Erario no tiene razón se obste, en las de insolvencia formalizada, como igualmente funcional es la tendencia al “concurso sin clases”, la proclamada poda de privilegios, y la instauración del instituto de la subordinación crediticia (punto V de la Exposición de Motivos de LC), sí debe obstar la interpretación extensiva de tales preferencias esa otra funcionalidad legal, con arreglo a canon hermenéutico sociológico y progresivo del artículo 3.1 del Código Civil, de modo que se constriñan las ventajas o beneficios materiales y procesales de la Recaudación. La disciplina de mercado que supone la información amplia del deudor-empresario para la Tesorería General de la Seguridad Social, y el apunte legislativo ex artículo 2.4.4º de la Ley Concursal, del presupuesto objetivo del concurso por impago de un periodo de cotizaciones, apunta que este acreedor público, el más indicado para “socializar” la comunidad de pérdidas que supone el concurso, y para abrigar soluciones estratégicas de mantenimiento de tejido industrial y empleo, debe optar por el apremio singular sin acumular grandes créditos eventualmente concursales, o resignarse, ante el concurso, a no ser, por tan grande crédito, árbitro de un convenio, o recipiendario exagerado de los fondos para una liquidación, siempre magros en un procedimiento escorado por la alternativa de continuidad, que se lastra por las deudas de la masa.

Además que al procedimiento administrativo de la Recaudación se le permite una autonomía para la ejecución ya iniciada previamente a la apertura del concurso, tomando como referente el dictado de la providencia de apremio, anterior a la fecha de declaración del concurso, con embargo de bien que no resulte necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1.pfo.2º LC), en excepción específica del principio de *vis attractiva* del procedimiento concursal, en las operaciones de conformación de

la masa pasiva, dicha Recaudación cuenta con beneficios, tanto para el reconocimiento, puesto que necesariamente se incluyen en la lista de acreedores en certificación administrativa (art. 86.2 LC), como en la clasificación de los de Derecho público recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, pues se reputan sometidos a condición resolutoria y no litigiosos contingentes (art. 87.2 LC), y en fin, en la graduación, que ahora nos interesa.

No se comparte, pues, la idea de que la inteligencia aplicativa de la Ley Concursal deba ajustarse a la consideración histórica de los privilegios de los créditos iuspúblicos, en un panorama que cambia en profundidad, según queda resumido, y formula dicotomía entre prelación concursal y extraconcursal, de la ejecución singular.

Se han mantenido los privilegios en sentido estricto de la prelación, lo cual conlleva facultad de abstenerse en la vía convencional y preferencia de cobro en la liquidación. Pero para la graduación concursal se prevén variadas posiciones: las garantías reales (hipoteca legal tácita de arts. 90.1-1º LC y 78 LGT) que abonan privilegio especial; el privilegio general sólo supeditado al laboral del artículo 91-2º de la Ley Concursal por las cantidades correspondientes a retenciones; el privilegio general del artículo 91-4º de la Ley Concursal por los créditos de Derecho público, excluidos los anteriores, y que carezcan de privilegio especial, hasta el cincuenta por ciento de su importe; la condición de créditos subordinados o antiprivilegiados, tanto de los intereses de mora (art. 92-2º LC), como de las sanciones (art. 92-4º LC).

La limitación del privilegio general “común” -el de artículo 91-2º de la Ley Concursal- procede de la adecuación legal de lo que antes se consideraba derecho separable de la masa, al socaire del depósito ficticio de numerario de la Tesorería General de la Seguridad Social por las retenciones anotadas en las cuentas del deudor-, y la aparición de la subordinación de los conceptos correspondientes al retraso en el pago o los sancionatorios, puesto que una vez constituida la masa activa, no reprimen al deudor sino a sus acreedores colectivizados en el procedimiento, y discrimina entre éstos.

Si se arranca de una indefinición en la Ley Concursal para el recargo en el apremio, lo que es claro y admitido por todos, del principio en favor de la mayor paridad y poda de privilegios, a través de la vía indirecta de la subordinación, y sin que el concepto en norma de Seguridad Social de artículo 25 de la Ley General Tributaria (como el de art. 27 LGT en norma tributaria) resulte trasladable al ámbito concursal, no es absoluto bastante para combatir la subordinación considerar que el recargo se liquida e ingresa conjuntamente con el principal, ni tampoco que opera de manera automática, sin valoración subjetiva, ni en fin, que se imputa proporcionalmente con el principal, según artículo 29 de la Ley General Tributaria, ya que la imputación regula las condiciones de los créditos de un sujeto en orden al cobro, mientras que la prelación las condiciones de los créditos de varios sujetos que concurren en un patrimonio insuficiente.

Dos son los rasgos innegables del recargo, que le hacen discernible de la deuda de Seguridad Social o del tributo, y les abonan como créditos

subordinados, equiparables a sanciones pecuniarias del artículo 92-4º de la Ley Concursal: su carácter accesorio, y la ausencia de una contextura plena o esencialmente resarcitoria. El recargo no tiene más vida que la ancilar de la deuda principal, una vez que no se produce su ingreso en plazo reglamentario, y además, su cuantía es fija, y no conforme a parámetros temporales de mayor retardo culpable, o de cuantificación de un envilecimiento del signo monetario.

No hay necesidad de negar el contenido descriptivo del recargo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 276/2000 -más moderna que la específica de recargos de Seguridad Social, Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, alegada por la Tesorería General de la Seguridad Social -, puesto que se halla vertido en otro campo, a fin de acceder a la conclusión de que los recargos son de carácter sancionador al efecto de la graduación concursal. Utilizar fintas terminológicas para reputar “sólo” disuasorio o acicateador, lo que es una penalidad administrativa por incumplimiento objetivo -semejante a ejemplos comparados de la ejecución civil, como las “astreintes” del Derecho francés-, no debe mover a que castigue al resto de acreedores en la masa, aparte la responsabilidad que derive de la calificación concursal para el deudor. ¿Qué es la sanción sino prevención, partiendo de que retribuye una conducta de impago con otro pago adicional porcentualmente fijo? Los requisitos de la potestad sancionadora administrativa: tipicidad, proporcionalidad, etc., amén de que son formales, no tienen por qué predicarse de un concepto que no es sanción, sino que asimila al objeto de la graduación concursal, a lo que nada estorba que, además del recargo, por el impago pueda producirse una sanción en sentido propio. El aducir que la deuda parafiscal es una, y a partir de cierto punto temporal otra, sumado el recargo, sirve para el sujeto obligado, el concursado, pero la perspectiva aquí es diferente, ya que nos fijamos en los acreedores como colectivo, para quienes, por la insolvencia, el punto temporal relevante debe ser la declaración de concurso, y la deuda parafiscal una única.

No se tiene noticia, por otra parte, de resolución de otro Juzgado de lo Mercantil que, en este trance de incidente concursal impugnatorio, haya salvado al recargo de su condición de hipocrédito o crédito antiprivilegiado, y de suyo, no es algo que discutan las Haciendas Forales, y parece que tampoco la Administración Estatal de la Agencia Tributaria en territorio tributario “común”.

Por ello, tanto recargo como costas, a los efectos de la clasificación concursal, son créditos subordinados, y cierto que el Informe no especifica de qué nivel, según es forzoso, se tiene que decretar que se encajan en el ordinal 4º del artículo 92 de la Ley Concursal, como sancionatorios, en sustancia.

Tercero.- En la lista de acreedores impugnada, la administración concursal considera los recargos (junto con las costas), créditos subordinados del artículo 92 de la Ley Concursal, y obtiene el privilegio general del artículo 91-4º de la Ley Concursal de la mitad del crédito excluyendo lo subordinado, y deduciendo luego del privilegio general así computado, aquella porción que ya cuenta con privilegio general del artículo 91-2º de la Ley Concursal, por principal de retenciones. La Tesorería General de la Seguridad Social impugnante interpreta que debe abrigar el privilegio de artículo 91-4º de la Ley Concursal

la mitad de todo su crédito concursal, sin excepción alguna, y hasta tal límite, sin deducir lo que venga amparado en el privilegio general del artículo 91-2º de la Ley Concursal (...).

Pues bien, subordinados los recargos, el régimen de cálculo del privilegio general debe arraigar en la misma tendencia exegética, aun asumiendo que las soluciones conocidas hasta ahora en los Juzgados de lo Mercantil no son uniformes, debe partirse los términos de la norma, valladares de toda operación interpretativa, donde se perciben dos parámetros inexcusables:

1º) El divorcio entre la base de cálculo (todos los créditos de Derecho Público), y la base de clasificación (unos privilegiados especialmente, otros en general, algunos ordinarios, y otros subordinados).

Ello resulta de que el artículo 91-4º de la Ley Concursal se refiere a unos créditos privilegiados por su naturaleza: los iuspúblicos, y del ejercicio hasta un límite cuantitativo: un porcentaje del importe del “conjunto de los créditos de... la Seguridad Social” (como de la Hacienda Pública).

2º) La necesaria deducción del privilegio del artículo 91-4º, de los que gocen de mejor preferencia, como es caso de los arropados en el artículo 91-2º de la Ley Concursal.

Ello por cuanto esos créditos privilegiados por su naturaleza en concreto se circunscribe a los que “no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo”.

Una vez ello sentado, debe admitirse que la inconsistencia de la literalidad del artículo 91-4º de la Ley Concursal permite soluciones aritméticas variopintas -y además, combinaciones tendentes al error-, pero con el predicho punto de partida, decantado de la redacción del precepto, lo mismo debe descartarse un fórmula de la suma de preferencia por créditos públicos, que es práctica en alguno de los informes de la Administración Concursal, y parece está siendo admitida por la Hacienda Foral -y por la Administración Estatal de la Agencia Tributaria, según noticias-, y que aparece en las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, en la que se eliminan los créditos con privilegio especial, las retenciones obligatorias, y los créditos subordinados (intereses, recargos, y multas), calculándose luego el cincuenta por ciento (no es claro, de lo que ha leído el Juzgador, si del resultado, deducidos los créditos mejor privilegiados de la base de cálculo, se deducen luego también tales créditos); como debe descartarse también el otro extremo, que plantea la Tesorería General de la Seguridad Social, de inclusión de todos los créditos para calcular el cincuenta por ciento, y ausencia de deducción de los ya beneficiados con mejor preferencia.

Ahora bien, no hay fórmula de conciliar los dos parámetros con la exégesis restrictiva de las ventajas fiscales o parafiscales, salvo que se comprenda que el privilegio general del artículo 91-4º de la Ley Concursal aparece expresamente residual de otro mejor privilegio, y que incluir los créditos subordinados en la base de cálculo conduce irremediabilmente a privilegiar el

crédito, o por mejor decir, faculta el ejercicio del privilegio en mayor medida, lo que contraría la filosofía de la subordinación, y el carácter de hipocrédito del subordinado.

Por ello, se reputa inteligencia correcta la que desemboca en el cálculo de la lista de acreedores, de excluir de la base de cálculo los créditos subordinados, extraer el cincuenta por ciento del resto de créditos públicos, y de éste descontar lo ya privilegiado conforme artículos 90 y 91-2º de la Ley Concursal. La idea es que todos los créditos iuspúblicos están privilegiados, pero que sólo cabe ejercer el privilegio general residual de artículo 91-4º de la Ley Concursal hasta el cincuenta por ciento del conjunto, excluyendo de éste el crédito ya más privilegiado, especial, o por retenciones de artículo 91-2º de la Ley Concursal. De ahí, que determinado ese “quantum” hipotéticamente privilegiable, no puede ejercerse privilegio en el resto, ni siquiera el general residual, y queda como ordinario. Pero ello sistemáticamente debe soslayar los créditos subordinados, que nunca pueden venir privilegiados por su naturaleza, y no deben contribuir a privilegiar otro tipo de créditos. Es así que se ratifica la postura de la administración concursal (...).

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 2 DE MADRID
[Incidente 230/2005 del concurso 43/2005] DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2005
[Magistrado: Pedro María Gómez Sánchez]**

Impugnación de la lista de acreedores.- Interpretación literal, finalista y lógica de la norma que establece la limitación cuantitativa del privilegio general de los créditos tributarios.- Calificación de los recargos como créditos subordinados, en razón de su naturaleza similar a las multas.

“Segundo.- Partiendo del tenor normativo del artículo 91 de la Ley Concursal (“...Son créditos con privilegio general:...4º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe...”), la Administración Estatal de la Agencia Tributaria efectúa el cómputo del privilegio general que dicho precepto contempla a partir del importe total de sus créditos, en tanto que la administración concursal deduce previamente el importe de los privilegios distintos del que la norma contempla.

Ciertamente, en una aproximación al análisis gramatical de la norma, observamos que la segunda parte de la misma establece la regla de cálculo al proporcionarnos un porcentaje (el 50%) para obtener la cuantía del privilegio. Como es lógico, todo porcentaje precisa de una base a la que ser aplicado para despejar la cifra de cuya determinación se trata. En el caso, no cabe duda de que esa base está constituida por el sustantivo que le sigue en la oración, esto es, por el “...importe...”. Ahora bien, como quiera que ese sustantivo está precedido de un adjetivo posesivo (“...su...”) denotativo de pertenencia, nos encontramos en presencia de una frase de significación equívoca donde concurren, cuando menos a primera vista, razonables dudas en torno a si ese “importe” va referido a la expresión inmediatamente precedente (“...para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública..”) o, por el contrario, a la expresión inicial (“...Este privilegio...”) que constituye complemento directo del verbo nuclear de la oración (“...podrá ejercerse...”). La cuestión tiene evidente trascendencia, especialmente si a la expresión “...el conjunto de los créditos...” se le pretende otorgar un sentido totalizador de tipo cuantitativo, porque entonces es evidente que la magnitud resultante de la misma habrá de ser siempre superior a la denotada a través de la primera expresión (“Este privilegio”). En efecto, dada la ubicación -consecutiva al punto y seguido- de la expresión “Este privilegio”, resulta diáfano que su referente está constituido por lo que precede al punto, es decir, por “...Los créditos tributarios y demás de Derecho público... que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo ...”, y ello nos indica que el privilegio que puede ejercerse y al que designa el pronombre “este” es la magnitud resultante de deducir, de la totalidad de los créditos a que se refiere, aquellos que ya gozan de otros privilegios, lo que, por definición, debe arrojar -inexorable y necesariamente- un resultado inferior al representado por la suma de todos los créditos de la Hacienda Pública, siempre -se insiste- que a la palabra “...conjunto...” haya de atribuírsele una

significación cuantitativa, lo que consideramos -como luego se verá- una opción hermenéutica desacertada.

Lo que sucede es que, de los dos referentes posibles de aquél *“importe”* (última palabra del precepto), el primero de los que hemos mencionado (*“.. el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública..”*) se encuentra precedido o encabezado por el nexa *“para”*, esto es, por una preposición cuya función primordial es la de indicar finalidad, destino o utilidad (Diccionario del uso del español, María Moliner, Ed. Gredos 1992, pág. 633). No se trata, por tanto, de un referente objetivo o complemento directo del verbo *“ejercer”*, sino de un complemento que, en cuanto denotativo de *“destino”*, cumple la más modesta función de delimitar el ámbito general (*“.. el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública..”*) dentro del cual habrá de cumplirse la acción designada en el verbo. No sería por ello desacertado colegir que el objeto de dicha acción, es decir, la materia sobre la que verdaderamente recae la acción de *“ejercer”*, está constituida por aquel de los referentes alternativos que constituye su complemento directo, esto es, por la expresión *“..Este privilegio..”*. Pues bien, siendo ello así, la expresión *“..para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública..”* se nos presenta más bien como un grupo semántico de funcionalidad afín a la de una oración subordinada explicativa (subtipo de las oraciones subordinadas adjetivas que expresan una cualidad o circunstancia del antecedente, al cual se refieren), en todo caso dependiente de la oración principal y cuya ubicación resulta plenamente intercambiable, dado que el significado general de la norma no se alteraría si, en lugar de situarse en el interior de la oración principal, se hubiera dispuesto al final de la misma: parece semánticamente indiferente decir -cual establece el precepto- que *“..Este privilegio podrá ejercerse (para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente,) hasta el cincuenta por ciento de su importe..”* que decir *“..Este privilegio podrá ejercerse hasta el cincuenta por ciento de su importe (para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente..”*). Y, de ser ello así, no parece extravagante deducir que la oración principal que la norma contiene está representada por la fórmula siguiente: *“..Este privilegio podrá ejercerse.. hasta el cincuenta por ciento de su importe ..”*, de lo que se desprendería sin esfuerzo que el adjetivo posesivo *“su”*, en cuanto denotativo de pertenencia, estaría haciendo inmediata referencia al complemento directo de la oración, es decir, a *“...Este privilegio...”*. Con lo que, en definitiva, la base a la que debería aplicarse el porcentaje del cincuenta por ciento estaría constituida por el importe del privilegio definido en la primera parte de la norma, es decir, el que resulta de deducir, de los créditos que menciona, el importe de otros privilegios (los contemplados en los arts. 90.1-1º y 91-2º LC).

Pues bien, aun reconociendo que el análisis que efectúa la Administración Estatal de la Agencia Tributaria (al conceptuar *“...el conjunto de los créditos...”* -y no *“...Este privilegio...”*- como referente directo e inmediato del adjetivo *“su”*) no puede en modo alguno reputarse como una conclusión descabellada, existen algunas consideraciones concernientes a la propia terminología elegida por el legislador que nos inclinan hacia la interpretación inversa (la que se acaba de proponer) y a inferir, consecuentemente, que la misión de la

controvertida expresión (“.. *para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública..*”) no es la de establecer la base de cálculo a la que aplicar el porcentaje legalmente establecido, sino que su más modesto propósito consiste en destacar el carácter ilimitado, desde el punto de vista “cualitativo”, del ámbito de aplicación de la regla contenida en la oración principal, es decir, la aplicabilidad del privilegio a todos cuantos créditos (impuestos, tasas, exacciones etc..) puedan reconocer -cualquiera que fuere su naturaleza jurídica y su denominación- un referente subjetivo común como es el consistente en su pertenencia a la Hacienda Pública.

En efecto, ése y no otro es, a juicio de quien provee, el alcance semántico que cabe atribuir a la palabra “conjunto” que la norma emplea. Se entiende por “conjunto” la cosa que, siendo una reunión de varias, se considera *en el caso de que se trata* como una sola (Diccionario citado, pág. 726). Por lo tanto, cuando se utiliza la palabra “conjunto” (y no otras de significación limítrofe como “total” o “totalidad”) se pone el énfasis en el potencial unificador que determinada circunstancia posee para ligar o cohesionar, a determinados efectos, cosas u objetos que en otras circunstancias tendrían comportamientos independientes en razón a su natural diversidad. Si esa palabra se utiliza para denotar deudas de dinero, de lo que se trata es de poner el acento en las diferencias cualitativas que, en razón a su distinta naturaleza jurídica, concurren entre unas y otras, destacando, al propio tiempo, su unificación a determinados efectos merced a la existencia de un referente común. Porque, si de lo que se tratara fuera de subrayar exclusivamente los aspectos cuantitativos de esas deudas, el carácter único o común de su objeto (dinero) haría relativamente impropio el empleo de dicho término (“conjunto”) dado que con el mismo no se estaría incidiendo en la unificación de cosas distintas sino en el agrupamiento de lo que, por su idéntica naturaleza, ya goza -“*per se*” y sin necesidad de que concorra circunstancia unificadora alguna- de afinidad o cohesión suficiente. En tal sentido, resulta francamente infrecuente -tanto en el habla coloquial como en el lenguaje jurídico al uso, e incluso en la terminología contable- que se emplee la palabra “conjunto” para denotar una suma global de dinero adeudada por diversos conceptos (no se dice, v. gr., “..*Don... pagará a Don.. el conjunto de lo que le adeuda...*” sino más bien “..*Don.. pagará a Don.. todo lo que le adeuda o la totalidad de lo que le adeuda..*”).

De ahí que, en el contexto del artículo 91-4º de la Ley Concursal, la voz “conjunto” no tenga, a juicio de quien esto provee, el significado correspondiente a un simple sumatorio de cifras cuyo referente objetivo (dinero) resulta necesariamente homogéneo en razón a su consustancial fungibilidad, sino que se utiliza más bien como aglutinante adjetivo, esto es, como referencia global a un agregado de conceptos crediticios que, pese a su heterogeneidad jurídica o diversidad cualitativa, admiten un tratamiento unitario merced al referente común que la ley utiliza (ostentar la Hacienda Pública la titularidad de todos ellos sin distinción). No parece por ello aventurado suponer que, de haber pretendido el legislador otorgar a la controvertida oración un sentido cuantitativo susceptible de servir de base para la aplicación del porcentaje del cincuenta por ciento, no hubiera empleado el término “..*el conjunto de...*” sino, preferentemente, otros de significación más precisa a esos efectos como el de “*todos*” o “*la totalidad de...*”. Correlativamente, hay base

para deducir que lo pretendido con el término finalmente elegido no es otra cosa que destacar que el privilegio podrá ejercerse sobre los créditos de la Hacienda Pública cualquiera que fuere su naturaleza jurídica, eventualmente diversa (impuestos, tasas, etc..).

Ciertamente, no se oculta a éste juzgador que esta forma de razonar resulta siempre insegura en razón al carácter ambiguo y polisémico de la redacción de algunas normas jurídicas como la que ahora comentamos. Lo que, en cambio, sí interesa subrayar es lo siguiente:

1.- Que la interpretación que sostiene la Administración Estatal de la Agencia Tributaria no es, desde luego, la única posible en el plano puramente gramatical y que, en el mejor de los casos para dicha incidentante, tal interpretación no podría aspirar más que a competir en paridad de condiciones con la lectura alternativa -en todo caso más plausible a nuestro juicio- que se acaba de proponer.

2.- Que, de acuerdo con lo anterior, si atendemos al elenco de instrumentos hermenéuticos que proporciona el artículo 3.1 del Código Civil en orden a la exégesis de las normas jurídicas, es evidente que el dilema generado por dos interpretaciones gramaticales que en teoría fueran igualmente plausibles solamente podría dirimirse mediante el recurso a consideraciones de carácter sistemático, lógico y teleológico (hallazgo del “..*espíritu y finalidad*..” de la norma de que se trata).

3.- Que, en tal sentido, es patente el carácter excepcional de los privilegios, y es la propia Exposición de Motivos de la Ley Concursal quien nos indica que la “poda” de éstos (tanto en su número como en su cuantía) constituye una de las piezas maestras de la nueva legalidad, y todo ello -se indica- con el fin de “...evitar que el concurso se consuma con el pago de algunos créditos, y, sin desconocer el interés general de la satisfacción de éstos, conjugarlo con el de la masa pasiva en su conjunto...”, señalando también que “...La regulación de esta materia de clasificación de los créditos constituye una de las innovaciones más importantes que introduce la ley, porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del concurso, sin perjuicio de que puedan subsistir en ejecuciones singulares, por virtud de las tercerías de mejor derecho. Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas ...”

4.- Que, además, tampoco puede soslayarse -haciendo uso del elemento “lógico”- la consideración de que resulta francamente anómalo que un crédito al que ya se ha reconocido un determinado privilegio (en el art. 90.1.1 o en el art. 91.2) vuelva a recibir -al menos en parte- un tratamiento privilegiado reduplicado por la vía del artículo 90-4º.

Consideraciones que, en definitiva, obligarían en todo caso a rechazar, de entre dos interpretaciones que en abstracto resultasen gramaticalmente viables, aquélla que condujese a la hipertrofia del privilegio, y a acoger, en cambio, aquella otra que mantuviese éste en un nivel cuantitativo más discreto.

En suma, no se trata de propugnar de modo voluntarista una interpretación correctora del tenor de la norma, sino de elegir, de entre dos tenores alternativos, aquél que en mayor medida se adecua a su espíritu y finalidad.

Tercero.- En otro orden de cosas, cabe indicar que, si el artículo 91-4º no hace referencia a la necesidad de deducir -además de los otros privilegios- el importe de los créditos subordinados para hallar la base a la que aplicar el cincuenta por ciento, ello se debe, bien a un olvido involuntario, o bien -acaso con mayor probabilidad de acierto- a consideraciones de carácter sistemático derivadas de que, no estando destinado el precepto a disciplinar el tratamiento de los créditos subordinados, no se consideró necesaria esa específica matización, tal vez por reputarse sobrentendida en la propia naturaleza y finalidad de la subordinación crediticia. Y es que, en efecto, si tenemos en cuenta que el de los créditos privilegiados y subordinados constituye un valor absoluto que emana de su propia naturaleza (en tanto que el de los créditos ordinarios es un valor relativo de contenido residual de acuerdo con el art. 89.3 LC), caso de no deducirse los subordinados para la determinación de la base, nos encontraríamos con que una parte de éstos se filtraría para obtener tratamiento, no ya común, sino privilegiado, y ello se produciría a costa -o con sacrificio- de los créditos ordinarios cuyo valor -siempre residual, se insiste- sufriría la merma correlativa, lo que sin duda provocaría un resultado abierta y manifiestamente contrario a los fines perseguidos por el mecanismo de la subordinación.

Cuarto.- La segunda de las divergencias suscitadas en el presente trámite incidental se funda en la distinta interpretación del artículo 92.4 de la Ley Concursal que se sostiene por las partes en torno a la posibilidad (tesis de la administración concursal) o imposibilidad (tesis de la AEAT) de incardinar dentro de su ámbito -y, por tanto, de subordinar- los créditos públicos que tienen su origen en recargos administrativos.

Según el artículo 92-4º de la Ley Concursal, son subordinados no solamente *“...Los créditos por multas...”* sino también las *“...demás sanciones pecuniarias...”*. Ahora bien, si acudimos al Código Penal, comprobamos que la única pena de contenido pecuniario que dicho cuerpo legal contempla es precisamente la pena de “multa” (arts. 32 y 33). Y si nos detenemos en el examen de los cuerpos normativos que con mayor asiduidad habrán de ser generadores de obligaciones pecuniarias de origen público a cargo del deudor concursado, no encontramos con lo siguiente: 1) Que el artículo 185 de la Ley General Tributaria, manejando un concepto estricto de “sanción pecuniaria”, no conoce otras obligaciones de tal naturaleza que las “multas” (de cuantía fija o proporcional), y, por su parte, el artículo 25, al incluir los “recargos” entre las obligaciones tributarias accesorias, priva expresamente de éste último carácter a las sanciones tributarias. 2) De modo similar, el artículo 40 del Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el orden Social, al que se remite en materia sancionadora la Ley General de la Seguridad Social, denomina en todo caso “multas” a todas y cada una de las sanciones de naturaleza pecuniaria que contempla.

De operar, pues, con una noción estricta de “sanción pecuniaria” como es la manejada habitualmente en el ámbito del Derecho Administrativo (que identifica, sin más, a esa clase de sanciones con las “multas”), quedaría vacío de contenido el segundo inciso del mencionado artículo 92.4 de la Ley Concursal que, a pesar de todo, parece querer subordinar, además de a las sanciones pecuniarias denominadas “multas”, a otras sanciones del mismo carácter aun cuando no reciban técnicamente esa denominación. Por tanto, la interpretación fundada en esa noción estricta ha de ser rechazada por simple reducción al absurdo (no puede deducirse que la voluntad de la ley sea la de subordinar créditos que, de seguirse ese criterio estricto, no podrían existir) y ha de dar paso a otra más respetuosa con el espíritu de la norma, interpretación con arreglo a la cual, superando el encasillamiento propio de las categorías administrativas, el propósito de la Ley Concursal habría sido el de otorgar el mismo tratamiento concursal genuinamente indicado para las multas a otras obligaciones pecuniarias de naturaleza jurídico-pública que, sin recibir legalmente tal denominación, reconozcan una naturaleza similar, tanto en cuanto a su origen como en los relativo a su funcionalidad. De ahí que la expresión “...*demás sanciones pecuniarias...*” que utiliza el mencionado precepto no pueda ser interpretada sino como una invitación legal expresa a la integración analógica de la norma (téngase en cuenta que, dado el carácter excepcional de la subordinación crediticia, el artículo 4.2 del Código Civil vedaría el recurso a la analogía de no concurrir esa habilitación legal) mediante la incardinación dentro de su ámbito de otros supuestos de obligaciones pecuniarias que, pese a su naturaleza jurídica diversa, ofrezcan con las multas (o sanciones pecuniarias en sentido estricto) una cierta identidad de razón en lo concerniente al fundamento de su específico tratamiento concursal. Por lo tanto, si lo que requiere el segundo inciso del artículo 92-4º no es -obvio es decirlo- identidad plena entre esos “...*demás créditos...*” susceptibles de subordinación y las “...*multas...*”, sino la concurrencia de un cierto grado de similitud o analogía capaz de justificar su tratamiento concursal idéntico, parece evidente que, a la hora de abordar el problema de la susceptibilidad de incardinación de los “recargos” dentro del mencionado ámbito, lo que habrá de analizarse es si existen o no, entre estos y aquéllas, puntos de conexión de suficiente entidad como para respaldar esa identidad de tratamiento, sin que pueda despacharse el análisis del problema mediante la simple constatación de la circunstancia -obvia por lo demás- de que la legalidad administrativa dispensa a uno y otro tipo de crédito público un régimen jurídico no exactamente superponible, además de otorgarles una denominación diferente. Pues bien, a tal respecto, han de efectuarse las siguientes consideraciones:

1.- De los artículos 27 y 28 de la Ley General Tributaria se infiere que, al igual que sucede con las multas, los recargos no derivan naturalmente -como la cuota- de la fuente de la obligación contributiva correspondiente, sino que, por el contrario, son la consecuencia de un comportamiento antijurídico -en el sentido de no adecuado a la norma- del obligado tributario. De ahí que desde el punto de vista concursal resulte injusto, como se ha puesto de relieve en el terreno doctrinal (Vicente GUILARTE GUTIERREZ, en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Tomo II, pág. 2050; José María GARRIDO, en *Comentario de la Ley Concursal*, coordinada por Ángel ROJO y Emilio BELTRÁN, pág. 1665, entre otros) que finalmente esa conducta antijurídica

acabe gravando los intereses legítimos de los restantes acreedores, lo que sucedería si el crédito que genera hubiera de ser calificado como ordinario.

2.- Es tradicional en el Derecho punitivo la distinción entre la finalidad retributiva de la sanción (*“quia peccatum”*), que tiende a expiar el mal provocado por la conducta, y la función preventiva (*“ut ne peccetur”*), tanto en su modalidad de “prevención general” (la sanción cumple una función ejemplarizante con efectos disuasorios para la sociedad en su conjunto) como de “prevención especial” (la sanción disuade al sancionado de la reiteración en la conducta). Pues bien, el hecho de que el Tribunal Constitucional (sentencias de 13.11.95 y 2.04.01) considere que determinados recargos carecen de la primera de dichas finalidades -la retributiva- y que ésta particularidad constituye motivo suficiente para dispensar a la Administración, en el trámite de su imposición, del sistema de garantías propio del Derecho Administrativo sancionador, no impide que sea el propio Tribunal quien destaque al mismo tiempo la *finalidad disuasoria* (y, por tanto, de prevención general y especial) que caracteriza a dichas obligaciones pecuniarias. Apreciación que por sí sola sería suficiente para deducir que, no exigiendo el artículo 92-4º de la Ley Concursal -como ya se ha razonado- la concurrencia de identidad plena en la naturaleza jurídica de los créditos respectivos sino solo la mera analogía entre los mismos, la existencia en común de esa esencial característica inherente a toda norma jurídica sancionadora -finalidad preventiva- constituye un punto de conexión de evidente relevancia en orden a resolver sentido positivo el problema de la incardinabilidad del recargo en el ámbito del mencionado precepto.

3.- A juicio de quien provee, resulta esencial considerar que, frente a otras diferencias de carácter mucho más secundario (cuando menos a los efectos del tratamiento concursal de los créditos, ámbito en el que nos movemos), la propia Ley General Tributaria unifica y asimila plenamente los recargos y las sanciones pecuniarias en sentido estricto (multas) precisamente en una de las facetas que en mayor medida caracterizan -y han caracterizado históricamente- tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo sancionador: el principio de retroactividad de la norma sancionadora más favorable, principio de rango constitucional aplicable, según el artículo 25 de la Constitución, no solo a los delitos y faltas sino también a las infracciones administrativas. En efecto, dispone el artículo 10.2 de la Ley General Tributaria que “..las normas que regulen el régimen de infracciones y sanciones tributarias y el de los recargos tendrán efectos retroactivos respecto de los actos que no sean firmes cuando su aplicación resulte más favorable para el interesado..”, lo que nos indica que, en este esencial aspecto, es el propio legislador quien, pese a asignarles distinta nomenclatura, no advierte diferencias de carácter sustancial entre las multas y los recargos, atribuyendo a éstos -igual que a aquéllas- la característica común de constituir la consecuencia sancionatoria de una conducta no acorde con la legalidad administrativa. Pues bien, en presencia de similitudes de tal envergadura, pasan a un segundo plano diferencias de tratamiento que tienen un sesgo más convencional y un carácter no esencial, cuando menos en apariencia. Así sucede, v. gr. con la incardinación que efectúa el artículo 58 de la Ley General tributaria de los recargos dentro de la deuda tributaria y la correlativa exclusión de las sanciones pecuniarias del

ámbito formal de dicha categoría. Por cierto, que la Agencia Estatal de la Administración Tributaria invoca dicho precepto sin extraer de él de modo dialécticamente adecuado la consecuencia que pretende, pues no se ve cómo la simple caracterización de un recargo como deuda tributaria pueda ser circunstancia capaz de excluir su subordinación cuando se trata de dos cuestiones que no se interfieren en modo alguno: también el interés del préstamo es deuda inherente a dicha operación crediticia sin que nadie cuestione que aquél ha de recibir precisamente el tratamiento de crédito subordinado en aplicación del artículo 92.3 de la Ley Concursal.

Consideraciones todas ellas que, de acuerdo con planeamientos precedentes, autorizan a concluir que, pese a su diferente denominación, existe entre los recargos y las multas similitudes de entidad suficiente como para justificar la incardinación analógica de los primeros dentro de la fórmula abierta que contiene el segundo inciso, tantas veces citado, del artículo 92-4º de la Ley Concursal.

Todo lo cual conduce a estimar correcto el criterio clasificatorio utilizado por la administración concursal, y, consiguientemente, determina el fracaso de la demanda incidental planteada por la Administración Estatal de la Agencia Tributaria.”

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MADRID
[Incidente 385/2005 del concurso 73/2005] DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2005
[Magistrado: Antonio Frigola y Riera]**

Impugnación de la lista de acreedores.- Interpretación del artículo 77 de la Ley General Tributaria: en los casos de apertura de la fase de liquidación los créditos de la Hacienda Pública no disfrutan de los mismos privilegios que en la ejecución individual, sino de los establecidos en la Ley Concursal: inadmisibilidad de la pretendida interpretación a contrario del precepto y eficacia del artículo 89.2 de la Ley Concursal.- La calificación como subordinado del crédito correspondiente a los recargos de apremio.- Interpretación de la limitación cuantitativa del privilegio general de los créditos tributarios

“Primero.- 1. Mediante la demanda la Agencia Estatal de la Administración Tributaria plantea tres cuestiones, todas ellas de un marcado carácter jurídico: la primera, la correspondiente a la eficacia del artículo 77 de la Ley General Tributaria (en adelante LGT) en los casos en que el concursado ha optado por la liquidación; la segunda, en torno a los conceptos que conforman la base de cálculo para el cómputo del privilegio general del artículo 91-4º de la Ley Concursal; y la tercera, la relativa a la calificación del crédito correspondiente a los recargos de apremio.

2. Como hemos comprobado, la primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria en aquellos supuestos en los que el concursado ha manifestado su voluntad de que se proceda a la liquidación de su patrimonio para, con su producto, hacer pago a los acreedores. El tenor del precepto cuya aplicación se postula es el siguiente: *“En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”*. El artículo 77 de la Ley General Tributaria es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada *“Garantías de la deuda tributaria”*. En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular. El número 2 –como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la Ley Tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura *a contrario sensu*, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el número 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria. El artículo 77.2 de la Ley General Tributaria establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal –debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan

excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio. A propósito, debemos recordar que la Agencia Tributaria, como titular de créditos privilegiados, puede hacer uso de su derecho de abstención, lo cual impedirá que los créditos privilegiados de que sea titular queden afectados por los términos del convenio (art. 123.1 LC). Es en este sentido cómo debe ser interpretado el artículo 77 de la Ley General Tributaria.

3. No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas *a sensu contrario* con carácter general. En efecto, las interpretaciones *a contrario sensu* no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su demanda incidental, parte de una interpretación *a contrario sensu* de lo que dice el artículo 77.2 de la Ley General Tributaria. La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 de la Ley General Tributaria que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 de la Ley Concursal; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 de la Ley General Tributaria.

4. El inciso final del artículo 89.2 de la Ley Concursal establece que “*no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley*”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (art. 2.2. CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal. En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 de la Ley Concursal impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación *a contrario sensu* supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 de la Ley Concursal. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

5. La interpretación sistemática del precepto también pugna con la tesis sostenida por la Agencia Tributaria. Según la Agencia Tributaria, en caso de liquidación los créditos tributarios no quedan sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal, sino al régimen del artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. Sin embargo, esta posibilidad es de difícil aplicación práctica, puesto que la opción por la liquidación no se hace en todos los casos desde el momento inicial de la solicitud sino que, de ordinario, sólo se conocerá una vez finalizada la fase común. Del artículo 143 de la Ley Concursal se desprende que la fase de liquidación se puede abrir, entre otros casos, si no se ha presentado en el plazo de los cuarenta días anteriores a la celebración de la Junta, o si en la Junta no se acepta ninguna de las propuestas de convenio presentadas, o si se rechaza por resolución judicial la propuesta aceptada por la Junta. Es obvio que en tales casos la lista de acreedores debe de haberse conformado según los criterios establecidos en la Ley Concursal, y no según lo previsto en el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. No parece que pueda mantenerse la tesis de que el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria sea de aplicación sólo en algunos casos –aquellos en los que el deudor manifieste desde el inicio su opción por la liquidación- y que no tenga vocación de generalidad –para todos los casos de liquidación sea cuando sea el momento en que se lleve a cabo-.

6. Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 –y publicada en el BOE número 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 –y publicada en el BOE número 164, el 10 de julio de 2003-. Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto periodo de tiempo –nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la Ley General Tributaria que establece “*lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento*”, y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la “*legislación concursal vigente*”, lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 de la Ley General Tributaria de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal –para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria.

Segundo.- 1. Desestimada la pretensión inicial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, procede enjuiciar la cuestión relativa a la conformación de la base de cálculo para la determinación del privilegio general

del artículo 91.4º de la Ley Concursal. Debemos partir de la coincidencia existente entre la Agencia Tributaria y la administración concursal en la cuantificación total de los créditos concursales a favor de aquella. La discrepancia gira en torno a la distribución de tal cuantía en función de la calificación de los distintos créditos (...).

2. Para resolver sobre la calificación y distribución de los diferentes créditos es menester decidir primero sobre la calificación de los recargos, puesto que según sea una u otra, se afectará a la distribución de los distintos créditos. De lo que se trata es de dilucidar si la deuda a favor de la Agencia Tributaria en concepto de recargos de apremio debe ser calificada como crédito subordinado –tesis de la Administración concursal- o de la misma manera que el crédito del que derivan –tesis de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria-. No puede haber otra explicación a la postura de la Agencia Tributaria que la de negar a los recargos de apremio la condición de sanciones a los efectos del artículo 92.4º de la Ley Concursal. Éste atribuye la condición de subordinados, a los efectos del concurso, a *“los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”*. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria parece entender que si los recargos no fueran considerados sanciones no quedaría más opción que calificar tales créditos de la misma manera que la deuda por principal de la que derivan.

3. Partimos de la distinción –aceptada por la propia Ley General Tributaria- entre deuda por principal -la cuota tributaria (ex art. 19 LGT)-, y la derivada de los recargos que se devengan por el impago puntual de aquella -que el artículo 25 de la Ley General Tributaria califica como obligaciones tributarias accesorias-. Una primera aproximación al problema nos pone de manifiesto que al calificarse por el artículo 25.1 de la Ley General Tributaria los recargos de apremio como prestaciones accesorias, existe soporte suficiente como para mantener la clasificación de los mismos como créditos subordinados sobre la base de la Ley Concursal puesto que ésta se apoya en el carácter accesorio de los créditos para atribuirles la calificación de subordinados (*Exposición de Motivos apartado V*).

4. Continuando con el enjuiciamiento de la cuestión planteada, es menester traer a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre, que en su fundamento jurídico quinto dispone que *“el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento”*. Debe ponerse de relieve que dicha Sentencia dice que el recargo no puede considerarse sanción “en sentido propio”. Y esta última locución no puede considerarse casual en la redacción de la Sentencia porque se repite en tres

ocasiones diferentes cuando se refiere a la naturaleza jurídica del recargo. Dos veces se repite en el quinto fundamento jurídico, y otra en el fundamento jurídico sexto. Y es precisamente en este último dónde se nos indica lo que el Tribunal Constitucional quiere expresar con la mención “en sentido propio”. En efecto, en el fundamento jurídico sexto de la resolución que estamos glosando se dice *“puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988), las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionatoria establecen los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución”*. Por tanto el Tribunal Constitucional no está negando la naturaleza sancionadora de los recargos sino que se limita a expresar que no se trata de una manifestación del *ius puniendi* del Estado a los efectos de determinar la aplicabilidad de las garantías de la potestad sancionadora. Además, no podemos dejar de resaltar que en el fundamento jurídico quinto de la referida Sentencia se dice que el hecho de que los recargos tengan una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, les da un cierto matiz sancionador.

5. El artículo 92.4º de la Ley Concursal se limita a calificar como subordinados *“los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias”*. Como puede advertirse, no dice que se considerarán subordinados los créditos por multas y sólo las sanciones derivadas del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello debe aplicarse aquí el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* [Ss. TS 21 de marzo de 1882 y 12 de julio de 1905, y más recientemente STC núm. 174/2004 (Sala Segunda) de 18 de octubre]. Partiendo de que el artículo 92.4º de la Ley Concursal no dice que sean créditos subordinados sólo los derivados de sanciones en sentido propio, sino los derivados de multas y demás sanciones pecuniarias, acudiremos al Diccionario de la Real Academia Española que en la tercera y cuarta acepción de “sanción” dice que se corresponde con la *“pena que la ley establece para el que la infringe; y mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena”*. Tales acepciones encajan exactamente con lo dispuesto en los artículos 27 y 161.4 de la Ley General Tributaria. Esto es, el recargo es una pena –en el sentido de *“castigo impuesto por autoridad legítima”* (Diccionario de la Real Academia Española)- al que infringe la ley. En el caso de los recargos por ingreso extemporáneo estaríamos ante un supuesto de hecho consistente en la infracción del imperativo de presentar la declaración y consiguiente ingreso tributario dentro de plazo, que conllevaría el *“castigo”* de abonarlo. Y en el caso de los recargos de apremio, el supuesto de hecho consiste en la falta de ingreso de la cantidad a que asciende la cuota tributaria (art. 19 LGT), que conlleva el *“castigo”* de satisfacer una cantidad adicional resultante de aplicar el porcentaje previsto en el artículo 28 de la Ley General Tributaria sobre la cantidad a ingresar. Y, precisamente tal castigo cumple fielmente con el propósito de la sanción, esto es, bien estimular el pago dentro del periodo previsto, bien estimular el pago pura y simplemente. Función que – dicho sea de paso- es la que imprime el carácter sancionador al recargo según se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre.

6. La Agencia Tributaria mantiene su postura sobre la base de que el artículo 58 de la Ley General Tributaria incluye dentro del concepto de deuda tributaria los recargos. Es tal sentido se afirma en la demanda incidental que *“los recargos están regulados en la Ley General Tributaria de 2003 y los considera como parte constitutiva de la deuda tributaria, en consecuencia los recargos forman parte del crédito tributario”*. Sin embargo, se olvida la Agencia Tributaria de que a los efectos de clasificación de los créditos la norma a tener en cuenta es la Ley Concursal. El inciso final del artículo 89.2 de la Ley Concursal establece que *“no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”*. Y el criterio para subsumir cualquier crédito en alguna de las clases previstas en la Ley Concursal, no puede ser la calificación que de tal crédito se haga en una norma extravagante a la legislación concursal, sino que debe ser el de la verdadera naturaleza del crédito. Frente a ello afirma la parte impugnante que al considerarse los recargos deuda tributaria por el artículo 58 de la Ley General Tributaria, forman parte del crédito tributario sin que quepa discriminarlos del resto de la deuda postergándolos a créditos subordinados. No podemos compartir dicho argumento. Sobre este punto puede ser esclarecedor el caso del *“interés de demora”* devengado por el impago de un tributo. Tales intereses también tienen el tratamiento de deuda tributaria [art. 58.2 a) LGT]. Y no parece que la Agencia Tributaria discuta su clasificación como crédito subordinado en virtud de la interpretación que de tal crédito hace el artículo 58 de la Ley General Tributaria. Por el contrario, procede la aplicación del artículo 92.3º LC que entiende que son subordinados *“los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”*.

7. A mayor abundamiento debe decirse que la tesis de la Agencia Tributaria se compadece poco con una interpretación teleológica del artículo 92-4º de la Ley Concursal. El propósito de tal precepto al calificar como subordinados los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias ha sido el de evitar que los *“componentes accesorios de las deudas (como los intereses) ni penalizadores (como las sanciones, etc) produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquéllos otros conceptos”* (Auto Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid de 21 de abril de 2005). Y no puede negarse el carácter accesorio de los recargos (art. 25.1 segundo párrafo LGT), en cuyo tratamiento se equiparan a los intereses. Y si prosperara la tesis de la Agencia Tributaria, los créditos por principal de los demás acreedores se verían menoscabados al quedar incrementado el volumen de acreedores privilegiados u ordinarios. De ahí que, por las razones expuestas, no pueda prosperar la pretensión de la Agencia estatal de la Administración Tributaria.

Tercero.- 1. Esclarecido el extremo de cuáles deben considerarse créditos subordinados, la cuestión relativa a la conformación de la base de cálculo para la determinación del privilegio general del artículo 91.4º de la Ley Concursal, es la siguiente que debemos abordar. Para ello debemos delimitar, en primer lugar, la cuantía a que acceden los créditos con privilegio especial del artículo 91.4º de la Ley Concursal. Mientras que la Agencia Estatal de la

Administración Tributaria lo cuantifica en 210.776,85 euros, la Administración concursal lo hace en la lista de acreedores acompañada a su informe en 212.058,29 euros, mientras que en la contestación a la demanda incidental modifica el importe por dicho concepto situándolo en 209.743,24 euros.

2. Ante esta nueva situación debemos abordar, como cuestión previa, si existe la posibilidad de que la Administración concursal, aprovechando el escrito de contestación a la demanda incidental, pueda pretender una cuantificación o clasificación de los créditos impugnados, distinta a la efectuada en la lista provisional de acreedores. Para resolver esta cuestión debemos partir del hecho que, de no haber impugnado la Agencia estatal de la Administración Tributaria, la cuantificación y clasificación que la Administración concursal ha hecho de sus créditos, la consecuencia inexorable –ante la falta de impugnación por otros acreedores- hubiera sido la prevista en el artículo 98 de la Ley Concursal, esto es, la conversión de tal texto en definitivo. De ahí que debamos colegir que la Administración concursal queda vinculada al contenido de los textos presentados en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 74 de la Ley Concursal, y una vez presentados no es susceptible de llevar a cabo por dicho órgano modificaciones sustanciales de los documentos incorporados al informe, si no es por el cauce previsto en el artículo 96 de la Ley Concursal.

3. Dicho lo anterior, nos encontramos que en relación con el importe de los créditos con privilegio general del artículo 91.2 de la Ley Concursal Hacienda Pública pretende el reconocimiento de un importe inferior que el señalado por la Administración concursal en la lista de acreedores acompañada a su informe. Ésta va a ser la cuantía por la que el Juzgado se va a encontrar vinculado, ya que puesta en tela de juicio la calificación y clasificación hecha por la Administración concursal, es obvio que debe atribuirse fuerza probatoria vinculante a las manifestaciones que el acreedor haga en contra de sí mismo, y en contra de sí mismo lo es la manifestación de ser titular de un importe menor del crédito con privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal. Por tanto, se fijará la cuantía para este concepto en 210.776,85 euros.

4. La cuantificación de los créditos subordinados según lo expuesto en el anterior fundamento jurídico, debe fijarse en 108.445,86 euros que se corresponde con el importe de los recargos más el importe de los intereses de cualquier clase, y de la sanción calificada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria como “estadística Ley 12/89” (certificación aportada por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria con el escrito de comunicación de créditos). Llegados a este punto debemos decidir qué cantidad debe ser considerada crédito con privilegio general del artículo 91.4º de la Ley Concursal. Este precepto establece que deben ser incluidos como créditos con privilegio general del artículo 91.4º de la Ley Concursal *“los créditos tributarios y demás de Derecho público (...) que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública (...) hasta el cincuenta por ciento de su importe”*. Es la base de cálculo del mencionado 50% lo que suscita cierta polémica puesto que, para la Agencia Tributaria, la interpretación de la

expresión “*para el conjunto de créditos de la Hacienda Pública*” no puede tener otro significado que considerar crédito con privilegio general del artículo 91.4º de la Ley Concursal, el 50% de la suma de todos los créditos a favor de la Hacienda Pública, incluyendo los que gozan de privilegio general y, en su caso, los subordinados. No entendemos adecuada esta interpretación puesto que el primer inciso del referido precepto precisa que deben considerarse incluidos dentro de este privilegio general –del artículo 91.4º de la Ley Concursal– aquellos créditos que no gocen ni de privilegio especial, ni de privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal. Esto nos indica que para determinar la base de cálculo del 50% previsto en el artículo 91.4º de la Ley Concursal deben detraerse del crédito total de la Hacienda Pública las cantidades correspondientes al privilegio especial y al privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal. Además de lo anterior debe procederse a una segunda minoración de la cantidad resultante, trayendo de la misma el importe correspondiente a créditos subordinados. En efecto, no tiene ningún apoyo legal que el importe correspondiente a créditos subordinados pueda coadyuvar a establecer el importe de un privilegio general. Además, con ello se podría dar lugar bien a un incremento del crédito total correspondiente a la Agencia Tributaria, bien a una tergiversación de las cuantías correspondientes a cada uno de los diferentes conceptos. De ahí que debemos interpretar la mención “*conjunto de los créditos de la Hacienda Pública*” para la formación de la base de cálculo para el privilegio del artículo 91.4º de la Ley Concursal, de manera acorde con el primer inciso del mismo precepto. De esta manera la referida expresión no puede suponer que el legislador haya querido incluir para la formación de la base de cálculo del privilegio previsto en el artículo 91.4º de la Ley Concursal todos los créditos tributarios, tanto por principal como accesorios, tanto privilegiados como subordinados, sino que ha sido utilizado para referirse globalmente y sin exclusiones a la multiplicidad de tributos existentes en nuestro ordenamiento según lo previsto en el artículo 2 de la Ley General Tributaria.

5. De lo anterior se desprende que la segunda minoración del crédito total de la Agencia Tributaria, a los efectos de determinar la base de cálculo del 50% prevista en el artículo 91-4º de la Ley Concursal, debe llevarse a cabo por el importe de los créditos previamente calificados como subordinados. Todo lo cual da lugar a que la referida base de cálculo se cuantifique en 41.607,80 euros (...).

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MADRID
[Incidente 373/2005 del concurso 73/2005] DE 7 DE DICIEMBRE DE 2005
[Magistrado: Antonio Frigola y Riera]**

Impugnación de la lista de acreedores.- La vinculación de la administración concursal al contenido de la lista de acreedores presentada.- Interpretación de la limitación cuantitativa de los créditos de la Seguridad Social con privilegio general (elemento literal, sistemático y teleológico).- La calificación de los recargos como créditos subordinados

“Primero.- 1. Mediante la demanda la Tesorería General de la Seguridad Social plantea dos cuestiones diversas, a saber, la primera, la relativa al cálculo del privilegio general previsto en el artículo 91-4º de la Ley Concursal; y la segunda, la relativa a la calificación de los recargos a favor de la Tesorería de la Seguridad Social. Sin embargo, se plantea como cuestión previa la relativa a la posibilidad de que la administración concursal pretenda, aprovechando el escrito de contestación a la demanda incidental, una cuantificación o clasificación de los créditos impugnados, distinta a la efectuada en la lista provisional de acreedores. Para resolver esta cuestión debemos partir del hecho que, de no haber impugnado la Tesorería General de la Seguridad Social, la cuantificación y clasificación que la Administración concursal ha hecho de sus créditos, la consecuencia hubiera sido la prevista en el artículo 98 de la Ley Concursal, esto es, la conversión de tal texto en definitivo. De ahí que debamos colegir que la Administración concursal quede vinculada al contenido de los textos presentados en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 74 de la Ley Concursal, y presentados no es susceptible de llevar a cabo por dicho órgano modificaciones sustanciales de los documentos incorporados al informe sino es por el cauce previsto en el artículo 96 de la Ley Concursal.

Segundo.- 1. Por lo que hace a las cuestiones relativas a la clasificación y cuantificación de los créditos titularidad de la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos empezar por examinar las alternativas (...).

2. En primer término debemos acometer la cuestión relativa a la calificación de los recargos puesto que afecta directamente a la distribución de los distintos créditos. De lo que se trata es de dilucidar si la deuda a la Tesorería General de la Seguridad Social en concepto de recargos debe ser calificada como crédito subordinado –tesis de la Administración concursal- o de la misma manera que el crédito del que derivan –tesis de la Tesorería General de la Seguridad Social-. La tesis de la parte impugnante se centra en negar que los recargos derivados de la cotización extemporánea puedan ser calificados como de sanciones a los efectos del artículo 92.4º de la Ley Concursal. Éste atribuye –a efectos del concurso- la condición de subordinados a “*los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias*”. La Tesorería de la Seguridad Social, entiende que excluyendo los recargos de la condición de sanciones, no quedaría más opción que calificar tales créditos de la misma manera que la deuda por principal de la que derivan. Debemos partir de la distinción entre la deuda por principal, y la derivada de los recargos que se devengan por el impago puntual de aquella. De ahí que, a un lado tengamos la deuda por

principal, y al otro, la deuda derivada de los recargos. El artículo 25.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) parte de esta diferenciación al determinar la aplicación del recargo y el devengo de los intereses moratorios en el caso de falta de pago de la deuda en el plazo reglamentario.

3. Distinguidos ambos conceptos, la cuestión central se sitúa en la calificación de los recargos. Si el artículo 25 de la Ley General de la Seguridad Social establece que el recargo se devenga como consecuencia de la falta de pago de la deuda en el plazo reglamentario, ¿en qué se basa la Tesorería General de la Seguridad Social para mantener que el recargo no es una sanción? Entiende la Tesorería General de la Seguridad Social que su tesis se puede sustentar en las Sentencias del Tribunal Constitucional que se han pronunciado a propósito de la naturaleza jurídica de los recargos. En concreto, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre, que en su fundamento jurídico quinto dispone que *“el hecho de que los recargos tengan esa función coercitiva, disuasoria o de estímulo (lo que les da, como ha destacado alguna doctrina, un cierto matiz sancionatorio) no los convierte en sanciones en sentido propio, por cuanto su función no es represiva, siempre y cuando, como ya hemos advertido, cuantitativamente no alcancen el valor de las sanciones (ni siquiera de las atenuadas). La funcionalidad del recargo (como la de la cláusula penal en la contratación privada o en la contratación administrativa) no es la de una sanción en sentido propio, pues no supone un castigo por la realización de una conducta ilícita administrativamente sino un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias o, lo que es lo mismo, una disuasión del incumplimiento”*. Sin embargo, debe ponerse de relieve que dicha Sentencia no dice exactamente lo que la Tesorería General de la Seguridad Social quiere que diga. Para ser precisos, lo que dice la resolución citada es que el recargo no puede considerarse sanción “en sentido propio”. Y esta última locución no puede considerarse casual en la redacción de la Sentencia porque se repite en tres ocasiones diferentes cuando se refiere a la naturaleza jurídica del recargo. Dos veces se repite en el quinto fundamento jurídico, y otra en el fundamento jurídico sexto. Y es precisamente en este último dónde se nos indica lo que el Tribunal Constitucional quiere expresar con la mención “en sentido propio”. En efecto, en el fundamento jurídico sexto de la resolución que estamos glosando se dice *“puesto que dicho recargo no constituye una manifestación del ius puniendi del Estado, es decir, no es una sanción en sentido propio, no le son aplicables, conforme a nuestra jurisprudencia (por todas, STC 239/1988), las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionatoria establecen los artículos 25.1 y 24.2 de la Constitución”*. Por tanto el Tribunal Constitucional no está negando la naturaleza sancionadora de los recargos sino que se limita a expresar que no se trata de una manifestación del *ius puniendi* del Estado a los efectos de determinar la aplicabilidad de las garantías de la potestad sancionadora. Además, no podemos dejar de resaltar que en el fundamento jurídico quinto de la referida Sentencia se dice que el hecho de que los recargos tengan una función coercitiva, disuasoria o de estímulo, les da un cierto matiz sancionador.

4. El artículo 92.4º de la Ley Concursal se limita a calificar como subordinados “*los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias*”. Como puede advertirse no dice que se considerarán subordinados los créditos por multas y sólo las sanciones derivadas del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello debe aplicarse aquí el aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* [Ss. TS 21 de marzo de 1882 y 12 de julio de 1905, y más recientemente STC núm. 174/2004 (Sala Segunda) de 18 de octubre]. Partiendo de que el artículo 92.4º de la Ley Concursal no dice que sean créditos subordinados sólo los derivados de sanciones en sentido propio, sino los derivados de multas y demás sanciones pecuniarias, acudiremos al Diccionario de la Real Academia Española que en la tercera y cuarta acepción de “sanción” dice que se corresponde con la “*pena que la ley establece para el que la infringe; y mal dimanado de una culpa o yerro y que es como su castigo o pena*”. Tales acepciones encajan exactamente con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley General de la Seguridad Social. Esto es, el recargo es una pena – en el sentido de “*castigo impuesto por autoridad legítima*” (Diccionario de la Real Academia Española) al que infringe la ley. En el caso de los recargos estaríamos ante un supuesto de hecho consistente en la infracción del imperativo de ingresar la cuota dentro del periodo reglamentario que conllevaría el “castigo” de abonarlo. Y, precisamente tal castigo cumple fielmente con el propósito de la sanción, esto es, estimular el pago dentro del periodo previsto. Función que –dicho sea de paso- es la que imprime el carácter sancionador al recargo según se expresa en la Sentencia del Tribunal Constitucional 164/1995, de 13 de noviembre.

5. A mayor abundamiento debe decirse que la tesis de la Tesorería General de la Seguridad Social se compadece poco con una interpretación teleológica del artículo 92.4º de la Ley Concursal. El propósito de tal precepto al calificar como subordinados los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias ha sido el de evitar que los “*componentes accesorios de las deudas (como los intereses) ni penalizadores (como las sanciones, etc) produzcan el efecto pernicioso de acabar gravando y menoscabando los créditos de los demás acreedores, por lo que se persigue que se satisfaga primero el principal de los créditos antes de atender aquéllos otros conceptos*” (Auto Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid de 21 de abril de 2005). Y si prosperara la tesis de la Tesorería, los créditos por principal de los demás acreedores se verían menoscabados al quedar incrementado el volumen de acreedores privilegiados u ordinarios. De ahí que por las razones expuestas no pueda prosperar la pretensión de la Tesorería General de la Seguridad Social.

6. Al no haberse impugnado por la Tesorería General de la Seguridad Social la cuantificación que la Administración concursal ha hecho de los recargos, sino sólo su calificación como subordinados, debemos concluir, en aplicación de lo que acabamos de decir, que en el presente concurso deben calificarse como subordinados 30.057,27 euros que se corresponde con todos los recargos tanto de la cuota obrera como de la cuota empresarial, más los intereses.

Tercero.- 1. Llegados a este punto nos encontramos que el resto del crédito concursal excluidos los recargos e intereses es de 145.736,08 euros. A pesar de lo que pueda parecer a primera vista, las interpretaciones que del artículo

91.4º de la Ley Concursal hacen la Tesorería General de la Seguridad Social y la Administración concursal es muy cercana. Mientras que para la primera el 50% del total del crédito concursal (175.793,35:2) es el importe que merece ser calificado como con privilegio general del artículo 91.4º de la Ley Concursal, para la Administración concursal –a pesar de los errores aritméticos en los que parece incurrir en la lista de acreedores- dicha cantidad opera como límite máximo que para el privilegio general tiene establecido el artículo 91 de la Ley Concursal. De este modo, mientras que para la entidad impugnante la cantidad de 87.896,68 euros (175.793,35:2) es el privilegio general a su favor previsto en el artículo 91.4º de la Ley Concursal, para la Administración concursal de tal cantidad debe detrarse el importe que legalmente está calificado con de privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal (8.496,70 euros), siendo el resto del crédito calificado como de ordinario una vez que se haya detraído de la cantidad restante el importe de los créditos que previamente han sido calificados como de subordinados.

2. Este órgano judicial no compararte ni una ni otra de las interpretaciones. De ninguna manera puede estimarse correcta la interpretación que del artículo 91.4º de la Ley Concursal hace la Tesorería General de la Seguridad Social. El mencionado precepto dice explícitamente que los créditos con privilegio general contemplados en dicho precepto no podrán constituirse sobre la base del importe de los créditos con privilegio especial, ni con el importe de los créditos con privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal. Literalmente se dice en tal precepto que *“son créditos con privilegio general (...) 4º. Los créditos(...)que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, no del privilegio general del número 2 de este artículo”*. Con esto nos encontramos en disposición de tachar de incorrecta la interpretación que del artículo 91.4º de la Ley Concursal hace la Tesorería General de la Seguridad Social.

3. Debemos entrar a continuación en la alternativa propuesta por la Administración concursal. Para comprobar la bondad de tal propuesta es menester continuar con la exégesis del artículo 91.4º de la Ley Concursal. Este precepto continúa diciendo que *“este privilegio podrá ejercerse(...) para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social (...) hasta el cincuenta por ciento de su importe”*. No podemos compartir que el resultado de aplicar el 50% a la base de cálculo tomada en cuenta por la Administración concursal se constituya en límite máximo del privilegio, por las siguientes razones:

a) *Elemento literal*.- No compartimos que las locuciones “podrá” y “hasta”, que se encuentran en el segundo párrafo del precepto cuya hermeneusis afrontamos, impongan necesariamente la obtención de un límite máximo a partir del cual calcular tal privilegio general. La expresión legal es exactamente como sigue: *“Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”*. El verbo “poder” no puede entenderse que se haya utilizado como expresión de “contingencia”, sino como manifestación de “potencialidad”. No se trata de que quede al albur de alguien el ejercicio de la facultad del ejercicio del privilegio. No parece adecuada la lectura que se acaba de proponer, sin que se exprese a

continuación el sujeto al que se atribuye tal facultad. Y el legislador, de entenderse que el sentido de la norma es el aludido, habría omitido a quién corresponde ejercitar el privilegio. Por otro lado la locución “hasta” no significa necesariamente el establecimiento de un límite máximo, sino la fijación de un término final, lo cual es coherente con el modo que ha hecho uso el legislador para el cálculo del privilegio, a saber, la aplicación de un porcentaje a una base de cálculo contingente que previamente debe ser hallada. No se trata de que según los casos el privilegio pueda ser un porcentaje inferior al 50% del “conjunto de los créditos”, sino que en todos los casos el privilegio se cuantificará en el 50% de tal base de cálculo.

b) *Elemento sistemático.*- La Sección 3ª del Capítulo III del Título IV de la Ley se estructura de tal modo que prácticamente cada precepto se destina a regular, a modo de compartimiento estanco, una clase de crédito distinto. Así ocurre en el artículo 89.3 de la Ley Concursal que contempla los ordinarios, en el artículo 90 de la Ley Concursal que establece cuáles son los créditos con privilegio especial, en el artículo 91 de la Ley Concursal que regula los créditos con privilegio general, y en el artículo 92 de la Ley Concursal que determina cuáles son créditos subordinados. Partiendo de lo anterior el artículo 91.4º de la Ley Concursal debe interpretarse –como señala el primer párrafo del mismo- que el crédito con privilegio general que quiere establecer en dicho número son créditos titularidad bien de la Administración Tributaria, bien de la Tesorería General de la Seguridad Social, que no han tenido tratamiento o ubicación en ninguno de los demás preceptos, esto es, los créditos restantes que no tengan acomodo en las restantes disposiciones legales. Dicho más claramente, la base de cálculo para el privilegio general del artículo 91.4º de la Ley Concursal sólo podrá estar conformada con los créditos concursales titularidad de la Administración Tributaria, o de la Tesorería General de la Seguridad Social, que no hayan merecido *previamente* la calificación de créditos con privilegio especial, general de cualquier otro número del artículo 91 de la Ley Concursal, o subordinados. A este importe se le deberá aplicar el 50% aludido en el segundo párrafo del artículo 91.4º de la Ley Concursal.

c) *Elemento teleológico.*- Debemos partir de la voluntad del legislador expresada en la Exposición de Motivos V [*“Pero esos privilegios se reducen en número e incluso se limitan en su cuantía a algunos de los tradicionalmente reconocidos, como los tributarios y los de cuotas de la Seguridad Social (hasta el 50 por 100 de su importe en cada caso)”*]. Si bien es cierto que la aplicación de la opción propuesta por la Administración concursal no se distancia de aquella que propone que el resultado de las operaciones aritméticas señaladas por el artículo 91.4º de la Ley Concursal debe ser el *quantum* del privilegio y no el límite máximo del mismo en el caso en que el importe de los créditos concursales de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social están distribuidos de manera homogénea dentro de los distintos conceptos posibles, no ocurre lo mismo cuando la mayoría de créditos de dichas entidades tienen privilegio especial, general del artículo 91.2º de la Ley Concursal o subordinados, de tal modo que el resto de los créditos tiene menor valor. En tales supuestos el límite máximo más arriba aludido absorbe la totalidad del resto del crédito, contribuyendo al incremento del privilegio de la Administración Tributaria o de la Tesorería General de la Seguridad Social.

4. La cuestión que queda pendiente de determinar se centra en interpretar correctamente la locución *“conjunto de los créditos de la Seguridad Social”*. Si dentro del vocablo “conjunto” englobamos el importe de todos los créditos de la Tesorería General de la Seguridad Social, de tal modo que la cantidad resultante operase como límite máximo del privilegio, podría entenderse correcta la interpretación que del referido precepto hace la Administración concursal. Sin embargo, cabe otra interpretación de la expresión “conjunto de los créditos”. Como acertadamente se dice en la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 4 de Madrid de fecha 21 de abril de 2005 (incidente número 75/05 del concurso voluntario núm. 64/04) *“el término ‘conjunto de los créditos’ deberá entenderse en sentido cualitativo, es decir, como la pluralidad de los que integran el capítulo de Seguridad Social (las cuotas, los conceptos de recaudación conjunta – desempleo, formación profesional y fondo de garantía salarial- y otros créditos previstos en el Reglamento General de Recaudación de los recursos de la Seguridad Social - RD 1415/2004 de 11 de junio- en relación con la Ley General de la Seguridad Social–, como aportaciones de mutuas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y empresas colaboradoras, reintegros, etc). Lo que el número 2 del artículo 94 de la Ley Concursal exige es que se tome en cuenta todo ese conjunto de créditos referidos a la Seguridad Social (o a la Hacienda Pública), ya que operarán unos u otros según cada caso, para calcular el 50% que se clasificará como privilegio general complementario...”*. Tal interpretación es acorde con la expresa exclusión que, para el cálculo de privilegio que estamos examinando, establece el mismo artículo cuya exégesis estamos afrontando.

5. Esto nos indica que para determinar la base de cálculo del 50% previsto en el artículo 91.4º de la Ley Concursal debe detrarse del crédito total de la Seguridad Social las cantidades correspondientes a privilegio especial y a privilegio general del artículo 91.2º de la Ley Concursal. Ahora bien, antes de establecer la concreta cuantía de cada crédito de los que integran el conjunto de los de la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos hacer alusión al principio de congruencia que vincula a Jueces y Tribunales, puesto que la interpretación que aquí se sustenta no coincide ni con la de la Tesorería General de la Seguridad Social, ni con la de la Administración concursal ni con la de la entidad concursada. Las Sentencias dictadas por cualquier Tribunal están sujetas al principio de congruencia (art. 218 LEC). Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 12 de julio de 2001 a los efectos de determinar si una Sentencia incurre en el vicio de incongruencia *“ha de estarse a si se concede más de lo pedido («ultra petita»), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes («extra petita») y asimismo si se dejare incontestadas algunas pretensiones sostenidas por los litigantes («citra petita») siempre y cuando tal silencio judicial no puede ser interpretado como desestimación tácita”*. Para resolver esta cuestión vamos a poner de manifiesto, las tres alternativas de clasificación de créditos titularidad de la Seguridad Social que se encuentran en juego (...).

La vinculación a la que se encuentra sometida cualquier resolución judicial por mor del principio de congruencia, *“comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o «fallo», no sólo con las*

*peticiones deducidas por las partes, sino también con los hechos (relato histórico) que sirven de soporte fáctico a las mismas («causa petendi»), teniendo reiteradamente declarado esta Sala, al respecto, que no es lícito al juzgador alterar la causa de pedir o sustituir las cuestiones objeto de debate por otras [SS. 17-4-1985, 9 febrero y 12 noviembre 1988, 20-7-1990, entre otras] y que la aplicación del principio «iura novit curia», si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones, no les faculta, en cambio, para resolver la cuestión sometida a su decisión trasmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas» [STS (Sala 1ª) de 30 de diciembre de 1993]. En el presente caso, la *causa petendi* y el soporte fáctico no se alteran si el órgano judicial se mantiene en su decisión dentro de los límites mínimo y máximo de las cuantificaciones que para cada uno de los créditos las partes, con sus respectivas interpretaciones, han interesado. De ahí que entendamos que cabe en virtud de lo que acabamos de exponer que no se infringe el principio de congruencia si finalmente aplicamos en el presente caso la vía que hemos distinguido como “interpretación judicial” puesto que, como puede comprobarse las cuantificaciones que en la misma se establecen se encuentran dentro de los límites de las cuantificaciones que para cada uno de los conceptos hace una y otra parte”.*

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MÁLAGA
[Concurso 41/2004] DE 15 DE MARZO DE 2006 [Magistrado: Enrique
Sanjuán Muñoz]**

Interpretación del artículo 77 de la Ley General Tributaria en el concurso.- Interpretación literal, sistemática e histórico-legislativa.- Cómputo del plazo de prescripción (art. 68.6.2 LGT).- Derecho de abstención de los créditos tributarios privilegiados (art. 164.4 LGT).- Tramitación legislativa de la Ley Concursal y Ley General Tributaria.

“Primero.- La primera delimitación necesaria parte de la propia demanda iniciando el incidente en relación a los artículos 194 de la Ley Concursal y 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La administración tributaria recoge en su petitum que “los créditos tributarios incluidos en la lista definitiva de acreedores sean calificados y se les reconozca el privilegio establecido en el artículo 77 de la Ley General Tributaria como consecuencia del cambio” de la fase de convenio a la fase de liquidación. Es evidente que dicho petitum resulta indeterminado por dos razones:

- a) En primer lugar porque no recoge en dicha demanda cuales son estos privilegios.
- b) En segundo lugar porque el artículo 77 de la Ley General Tributaria, como veremos, no recoge ningún privilegio para la administración tributaria.

Lo que reconoce el artículo 77 de la Ley General Tributaria es una “prelación” y no un privilegio, en su apartado primero que ninguna relación tiene con la normativa concursal y es en su apartado segundo en donde se recogen los efectos de sus créditos en la fase de convenio y no en otra.

No obstante este juzgador no es ajeno a la doctrina que se viene generando, tras la aprobación de la citada norma tributaria, en torno a la clasificación de créditos y a la incidencia del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria en el marco concursal que la administración tributaria defiende como verdadera reclasificación de créditos. En función de ello procede realizar el siguiente análisis.

El objeto del procedimiento lo constituye la interpretación del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria de 2003 en torno a su propio contenido que reproducimos:

1. La Hacienda Pública tendrá prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concorra con otros acreedores, excepto que se trate de acreedores de dominio, prenda, hipoteca u otro derecho real debidamente inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 78 y 79 de esta Ley.

2. En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta,

quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Hemos de partir de la situación concursal en la que nos encontramos que es concretamente la fase de liquidación, ya abierta y que motiva a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a generar el presente incidente partiendo de la interpretación que magistralmente expuso en el acto de juicio oral en cuanto señalaba criterios sistemáticos, literales e histórico-legislativos para entender que el apartado segundo del artículo 77 de la Ley General Tributaria permitía la clasificación de créditos conforme a la ley concursal cuando se terminara mediante convenio el proceso concursal y en lo que respecta a los créditos de la hacienda pública. En caso de liquidación la clasificación y privilegios partirían del citado precepto recogiendo los privilegios conforme al apartado primero del mismo.

A ello se opone la administración concursal quien alega la propia dicción del artículo 89.2 de la Ley Concursal por cuanto no se reconocerán más privilegios que los que establece la norma concursal y el sometimiento a dicha norma conforme a la Disposición adicional octava de la Ley General Tributaria.

Segundo.- Es evidente que la interpretación que se realiza del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria lo es *a contrario sensu* de lo que dice el precepto pero que de ningún modo puede llevar al resultado que señala la administración tributaria. Ni la interpretación literal, ni la sistemática o complementaria, ni la histórico legislativa nos lleva a reclasificar los créditos de la administración tributaria cuando nos encontramos con la fase de liquidación bien sea *ad initio* (porque la hubiere solicitado el deudor) o con posterioridad por no haberse aprobado o presentado ninguna propuesta de convenio y se hubiere abierto la fase de liquidación.

Lo que dice el artículo 77.2 de la Ley General Tributaria es precisamente lo que recoge la letra del mismo, es decir que los créditos tributarios afectados por el convenio aprobado quedarán sometidos a la Ley 22/2003, Ley concursal. Es evidente que el legislador ha tenido en cuenta dicha matización puesto que a lo largo del texto de la ley general tributaria se recogen afectaciones de los créditos tributarios, durante la tramitación del concurso, que finalmente se distinguirán en cuanto a si están recogidos o no en el convenio concursal pues, es lógico, el convenio que afecte a dichos créditos cuando la administración tributaria se hubiere sometido a este produce eficacia novatoria (art. 136 LC). Es decir, cuando se trata de créditos tributarios y la administración no hubiera utilizado su derecho de abstención el contenido del convenio vinculará a dicho acreedor (si es ordinario y subordinado) y producirá efectos novatorios (art. 136 LC) respecto de los privilegiados y quedarán extinguidos, en cuanto les alcance, los ordinarios y subordinados.

A partir de lo anterior puede comprenderse que el legislador señale claramente que si dichos créditos están afectados por el convenio aprobado se sujetarán a lo que dispone la ley concursal en cuanto a dicha extensión subjetiva y eficacia novatoria que hemos señalado. El resto de los créditos, es decir, aquellos que no resultan afectados por el convenio – como créditos tributarios- gozarán de

los instrumentos que desarrolla la ley general tributaria a lo largo de su articulado o se operará, respecto de ellos, los efectos que también recoge y que se concretan en:

- a) Conforme al artículo 68.6.2º de la Ley General Tributaria comienza nuevamente el cómputo del plazo de prescripción: Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la declaración del concurso del deudor, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo en el momento de aprobación del convenio concursal para las deudas tributarias no sometidas al mismo. Respecto a las deudas tributarias sometidas al convenio concursal, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando aquéllas resulten exigibles al deudor. Si el convenio no fuera aprobado, el plazo se reiniciará cuando se reciba la resolución judicial firme que señale dicha circunstancia. En caso de concurso y aprobación de convenio el efecto es, por tanto, que se someten al mismo y a la ley general tributaria. Cuando no exista ese convenio y por tanto estaremos en fase de liquidación, el efecto es la reanudación del plazo de prescripción.
- b) Conforme al artículo 164.4 de la Ley General Tributaria los créditos tributarios gozan, cuando son privilegiados, de un derecho de abstención y ello permitirá, no obstante, que en la fase de convenio – en el convenio mismo- se lleguen a acuerdos en los términos recogidos en dicho precepto: El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa tributaria. Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria.

El artículo 77.2 de la Ley General Tributaria se completa con otras normas, por tanto, de la Ley General Tributaria, señalando que los créditos tributarios a los que alcance el convenio se sujetarán a la Ley Concursal y en su defecto podrán utilizar los instrumentos que recoge la normativa tributaria, pues es evidente que, tras el convenio, podrán existir créditos que no se sujeten al mismo en cuyo caso dejarán de estar sujetos a lo previsto en la ley concursal o, en su caso, tras la apertura de la fase de liquidación (mejor dicho tras la no aprobación de un convenio) dichos créditos se instrumentarán teniendo en cuenta que el plazo de prescripción comienza de nuevo.

Tercero.- No podemos entender, por tanto, que el artículo 77.2 de la Ley General Tributaria suponga un revulsivo, un cambio en la clasificación de créditos esencialmente por tres razones:

1. Primero porque el artículo 89.2 de la Ley Concursal recoge expresamente que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esta reconocido en esta ley”.
2. En segundo lugar porque la disposición adicional octava de la propia Ley General Tributaria recoge – en referencia a los procesos concursales- que “Lo dispuesto en esta ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento” lo que nos remitiría a lo previsto en el anterior precepto y en la clasificación que establecen los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal.
3. En tercer lugar porque la referencia que hace el artículo 77.2 de la Ley General Tributaria lo es sólo respecto de los créditos tributarios afectados por el convenio y no a ninguno más.

Cuarto.- En la interpretación sistemática del precepto hemos de tener en cuenta, igualmente, el encuadramiento del artículo 77 de la Ley Concursal que lo es en el momento en que se habla de “Garantías de la deuda Tributaria” (Sección 5ª) y para ello recoge dos apartados, uno referido a los privilegios de la administración tributaria cuando concorra con otros acreedores (art. 77.1 en procedimientos de ejecución singular o universal) y otro referido a concretos créditos en el proceso concursal en determinado momento: 1. Se refiere al supuesto de un proceso concursal; 2. Se refiere sólo a los créditos tributarios afectados por el convenio; y 3. Se refiere sólo a dichos créditos en el momento en que se apruebe un convenio. El resto de los supuestos, momentos o situaciones del concurso no resultan afectados salvo en las dos previsiones que hemos señalado anteriormente (arts. 68 y 164 LGT) y es evidente que quedan fuera del concurso pues así se deriva tanto de la ley concursal como de la ley general tributaria.

Quinto.- Es evidente que razones prácticas, de seguridad jurídica, sistemáticas y procesales nos llevan también a determinar que no es posible el planteamiento de reclasificación de créditos fuera del momento procesal oportuno previsto por la Ley Concursal y que culminan con la lista definitiva presentada en virtud del informe de los administradores concursales y las impugnaciones resueltas (art. 96 LC). Tras la situación concreta que se determina con la aprobación del informe de la administración concursal tras las impugnaciones o, en su defecto, tras el transcurso del plazo para impugnar si no las hay dicho listado y clasificación sirve tanto para la aprobación del convenio (arts. 109, 128 LC), para la determinación de los acreedores y sus privilegios a los efectos de adhesiones (art. 108 LC), constitución de la junta (art. 116 LC), derecho de asistencia (art. 118 LC) o derecho de voto (arts. 122 y ss LC) y mayorías necesarias (art. 124 LC).

Sexto.- Otros argumentos que pueden servir al objeto de resolver la citada cuestión planteada son los recogidos, entre otras, en la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Número 1, Madrid, 5-7-2005, autos 49/2004 que extractamos y

que este juzgado comparte y que resuelven los mismos puntos vertidos por la Agencia Tributaria en el presente supuesto:

“Como hemos comprobado, la primera cuestión que se plantea es la relativa al alcance del artículo 77.2 de la Ley General Tributaria en aquellos supuestos en los que el concursado ha manifestado su voluntad de que se proceda a la liquidación de su patrimonio para, con su producto, hacer pago a los acreedores. El tenor del precepto cuya aplicación se postula es el siguiente:

“En caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio, incluidos los derivados de la obligación de realizar pagos a cuenta, quedarán sometidos a lo establecido en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. El artículo 77 de la Ley General Tributaria es el primer precepto de la Sección 5ª Capítulo IV Título II de la Ley General Tributaria, titulada “Garantías de la deuda tributaria”. En el número 1 del referido precepto se contempla la situación de los créditos de la Hacienda Pública en los supuestos de ejecución singular.

El número 2 -como hemos visto- hace referencia a las consecuencias que la ley tributaria prevé para aquellos casos en que, iniciada la ejecución universal, se alcance un convenio. La Agencia Tributaria, sobre la base de tal precepto, y haciendo una lectura a contrario sensu, pretende que cuando no sea posible la terminación del proceso mediante el convenio, se le reconozca el mismo derecho de preferencia que para los supuestos de ejecución singular prevé el núm. 1 del citado precepto, excluyendo el régimen específico de la Ley Concursal. Sin embargo, no es ésta la conclusión a la que se llega de una lectura detenida del precepto en el que se ampara la Agencia Tributaria.

El artículo 77.2 de la Ley General Tributaria establece que para caso de convenio concursal, los créditos tributarios a los que afecte el convenio quedarán sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal -debe entenderse en todo aquello que es relativo a la eficacia del convenio (Sección 7ª Capítulo I Título V), y al cumplimiento del convenio (Sección 8ª Capítulo I Título V)-. Desde un prisma gramatical la norma significa que sólo quedan excluidos de las previsiones de la Ley Concursal aquellos créditos no afectados por el convenio. A propósito, debemos recordar que la Agencia Tributaria, como titular de créditos privilegiados, puede hacer uso de su derecho de abstención, lo cual impedirá que los créditos privilegiados de que sea titular queden afectados por los términos del convenio (art. 123.1 LC). Es en este sentido cómo debe ser interpretado el artículo 77 de la Ley General Tributaria.

3. No puede entenderse que sea válida la tesis de la Agencia Tributaria consistente en que para el caso en que el proceso concursal desemboque en la fase de liquidación el régimen de todos sus créditos será el previsto en el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. Son varias las razones que se constituyen en obstáculo para que esta interpretación pueda prosperar. En primer lugar, la improcedencia de interpretar las normas a sensu contrario con carácter general. En efecto, las interpretaciones a contrario sensu no siempre son acordes con los resultados perseguidos por la norma. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria, para llegar a la conclusión que pretende con su

demanda incidental, parte de una interpretación a contrario sensu de lo que dice el artículo 77.2 de la Ley General Tributaria.

La Agencia Tributaria precisa acudir a este expediente porque el legislador no ha explicitado en el artículo 77 de la Ley General Tributaria que, para el caso de liquidación, los créditos tributarios no quedan sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Para poder llegar a dicha conclusión es imprescindible hacer uso del razonamiento que lleva a cabo la Agencia Tributaria, y que consiste en entender que al afirmar la Ley General Tributaria que en caso de convenio los créditos tributarios quedan sometidos a la Ley Concursal, ocurre lo contrario en caso de liquidación. Como acabamos de comprobar, el mecanismo interpretador de la norma del que hace uso la Agencia Tributaria no es adecuado para extraer su verdadero sentido. Pero es que, además, se oponen a la validez de su interpretación: a) el texto del artículo 89.2 de la Ley Concursal; y b) una interpretación sistemática del artículo 77 de la Ley General Tributaria.

4. El inciso final del artículo 89.2 de la Ley Concursal establece que “no se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocido en esta Ley”. Si partimos del hecho que la Ley Concursal no puede impedir la aplicación de la teoría general sobre la derogación tácita de las normas (art. 2.2 CC), colegiremos que dicho inciso es un mandato dirigido al intérprete con el fin de que adecue el sentido de eventuales normas extraconcursales relativas a privilegios crediticios concursales, a la letra y espíritu de la Ley Concursal.

En efecto, la Ley Concursal no puede dejar sin efecto los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico relativos a la derogación tácita de las normas. Pero no hay duda que el inciso final del artículo 89 de la Ley Concursal impone un criterio que impide llevar a cabo una interpretación extensiva de las normas extraconcursales de las que se pudiera desprender algún privilegio no contemplado por la Ley Concursal. Retomando la tesis de la Agencia Tributaria, no podemos olvidar que la interpretación a contrario sensu supone extender la eficacia de la norma a supuestos no expresamente previstos en la misma. Y, en este sentido, no cabría llevar a cabo esta clase de interpretaciones en aplicación de lo dispuesto en el último inciso del artículo 89.2 de la Ley Concursal. Este precepto exige al intérprete la búsqueda de un sentido de la norma posterior que sea acorde con la Ley Concursal.

5. La interpretación sistemática del precepto también pugna con la tesis sostenida por la Agencia Tributaria. Según la Agencia Tributaria en caso de liquidación los créditos tributarios no quedan sometidos a lo dispuesto en la Ley Concursal, sino al régimen del artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. Sin embargo, esta posibilidad es de difícil aplicación práctica, puesto que la opción por la liquidación no se hace en todos los casos desde el momento inicial de la solicitud sino que, de ordinario, sólo se conocerá una vez finalizada la fase común. Del artículo 143 de la Ley Concursal se desprende que la fase de liquidación se puede abrir, entre otros casos, si no se ha presentado en el plazo de los cuarenta días anteriores a la celebración de la Junta, o si en la Junta no se acepta ninguna de las propuestas de convenio presentadas, o si se rechaza por resolución judicial la propuesta aceptada por la Junta.

Es obvio que en tales casos la lista de acreedores debe de haberse conformado según los criterios establecidos en la Ley Concursal, y no según lo previsto en el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria. No parece que pueda mantenerse la tesis de que el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria sea de aplicación sólo en algunos casos - aquellos en los que el deudor manifieste desde el inicio su opción por la liquidación- y que no tenga vocación de generalidad -para todos los casos de liquidación sea cuando sea el momento en que se lleve a cabo-.

6. Por otro lado, no podemos olvidar que la tramitación de la Ley General Tributaria fue en cierto modo paralela a la de la Ley Concursal. Ambas se tramitaron en la misma legislatura (VII Legislatura). Mientras que el Proyecto de Ley General Tributaria fue presentado ante las Cortes Generales el 2 de junio de 2003, el Proyecto de Ley Concursal había sido presentado el 17 de julio de 2002; y mientras que la Ley General Tributaria fue aprobada definitivamente el 2 de diciembre de 2003 -y publicada en el BOE núm. 302, el 18 de diciembre de 2003-, la Ley Concursal había sido definitivamente aprobada el 7 de junio de 2003 -y publicada en el BOE número 164, el 10 de julio de 2003-.

Si poco sentido tiene que un mismo legislador lleve a cabo su función de modo contradictorio en un tan corto periodo de tiempo -nótese que según la interpretación de la Agencia Tributaria se habría derogado en parte el régimen del tratamiento de los créditos tributarios previsto en la Ley Concursal mediante una norma que se habría promulgado sólo cinco meses después-, choca abiertamente con el criterio interpretativo que sostiene la Administración Tributaria el tenor de la Disposición Adicional Octava de la Ley General Tributaria que establece “lo dispuesto en esta Ley se aplicará de acuerdo con lo establecido en la legislación concursal vigente en cada momento”, y que denota la voluntad del legislador de que la Ley General Tributaria sea interpretada de manera que se ajuste en cada momento a la “legislación concursal vigente”, lo cual revela de manera terminante la voluntad del legislador de no dotar al artículo 77 de la Ley General Tributaria de la eficacia parcialmente derogatoria de la Ley Concursal -para los créditos tributarios en casos de liquidación del patrimonio del concursado- que pretende la Agencia Tributaria.”

Séptimo.- Por último cabría plantearse la propia naturaleza del artículo 77 de la Ley General Tributaria en cuanto recoge supuestos de garantías del crédito tributario y matiza y concreta las mismas en dos supuestos: el apartado primero en cuanto se trate de ejecuciones y el apartado segundo en cuanto se refiere a la fase de convenio del concurso. Difícilmente puede establecerse una conexión entre las garantías de la fase de convenio para los créditos tributarios y las que recoge para otros supuestos de ejecución, máxime si tenemos en cuenta que el concurso ya no es un procedimiento de “ejecución universal” sino un procedimiento destinado a la reordenación y mantenimiento de la empresa o a la ordenación del proceso liquidativo de la misma. La concepción de la administración tributaria en torno a la relación entre los dos apartados nunca podría partir de una “preferencia en el pago” pues es evidente que incluso dentro de esta preferencia deberíamos clasificar los mismos créditos tributarios, dentro de estos los que son contra la masa y los que son de la masa y

concordar su aplicación con los créditos contra la masa en otros supuestos (art. 84 LC) o los privilegiados especiales por dirigirse contra determinados bienes que no pueden perder el derecho adquirido antes del concurso por el sólo hecho de cambio de fase- si aceptáramos la interpretación de la administración- de convenio a liquidación. Dicha interpretación llegaría a su límite si tenemos en cuenta que el artículo 77.1 de la Ley General Tributaria no distingue a qué créditos nos referimos dentro de los créditos tributarios pudiéndonos encontrar con el supuesto de recoger, dentro del concurso, créditos no comunicados por la Administración tributaria o créditos excluidos por otras razones de la masa pasiva del concurso. Dicha interpretación dejaría sin efecto cualquier posibilidad de que la Administración concursal propusiera un Plan de liquidación (art. 148 LC) o que se utilizaran las reglas supletorias de la norma concursal (arts. 154 y ss. LC). Es evidente que las múltiples contradicciones- de las que hemos citado solo algunas- es argumento también importante para rechazar la petición”.

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE BILBAO
[Incidente 708/2005 del concurso 262/2005] DE 14 DE FEBRERO DE 2006
[Magistrado: Edmundo Rodríguez Achutegui]**

Impugnación de la lista de acreedores.- Existencia de crédito refaccionario, que, sin embargo, no merece la calificación de crédito con privilegio especial en el concurso de acreedores por no haber sido inscrito: la clasificación de créditos de la Ley Concursal deja sin efecto en el concurso de acreedores la graduación de créditos establecida en el Código Civil.- La fecha en que se produce la suspensión del devengo de intereses es la de la declaración de concurso. Los intereses devengados entre la fecha de la solicitud del concurso y la fecha de su declaración merecen la calificación de crédito ordinario.- El crédito por costas devengadas con anteriores a la declaración de concurso no es un crédito litigioso y, por tanto, no es un crédito contingente

“Primero.- El artículo 96 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal establece que podrá impugnarse la cuantía y calificación de los créditos que la administración concursal haya reconocido en su informe. La demandante lo hace por ambos conceptos, calificación y exclusión, con fundamento en varias tesis, la primera de las cuales es la naturaleza de crédito refaccionario de su crédito, que trae consigo la calificación del mismo como privilegiado del artículo 90.2 de la Ley Concursal.

Las partes admiten que el crédito proviene de una sentencia, hoy recurrida ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictada el 3 de enero de 2005 por el Juzgado de 1ª Instancia número 7 de Bilbao, a instancia de la demandante, en la que se condena (...) a reintegrar a la Sindicatura de la Quiebra (...) la cantidad de 1974.105,43 euros, más sus intereses, condenando igualmente al abono de las costas.

Las partes demandadas no han negado el carácter refaccionario del crédito del actor, pues aunque parezca en su contestación que se disponen a hacerlo, se centran exclusivamente en el cumplimiento del requisito de inscripción registral, que exige el artículo 90.2 de la Ley Concursal, y en la inaplicabilidad del artículo 1923.5 del Código Civil, que el actor sostiene desenvuelve eficacia.

El concepto de crédito refaccionario ha sido entendido por la jurisprudencia en un sentido amplio. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000, dice en su Fundamento Jurídico 2º que «en la jurisprudencia y en la doctrina científica domina hoy un concepto amplio de crédito refaccionario, en cuanto no limitado ya en su origen, como entendía la doctrina tradicional, a un préstamo de dinero destinado a la construcción o reparación de un edificio, sino comprensivo de todo crédito causalmente conectado con obras de reparación, construcción o mejora de bienes». En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1987.

Hay pues crédito refaccionario, pues de la sentencia se deriva que fueron cantidades anticipadas por el acreedor quebrado para la construcción,

conservación o reparación de la cosas, incluidos los gastos de construcción, suministros, etc. (...).

A partir de esta consideración del crédito como refaccionario, que nadie ha discutido y que deriva de la sentencia cuya copia se acompaña con la demanda, ha de analizarse si el comunicado por el demandante llena, como sostiene, los requisitos que exige el artículo 90 de la Ley Concursal para considerarlo como crédito privilegiado.

En el artículo 90.1-3º de la Ley Concursal se considera crédito con privilegio especial «los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados». A continuación el artículo 90, en su apartado 2, establece que «para que los créditos mencionados en los números 1º a 5º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros...».

Esa remisión lo es a la legislación hipotecaria. Así, el artículo 59 de la Ley Hipotecaria (LH) dispone que el acreedor refaccionario podrá exigir anotación sobre la finca refaccionada por las cantidades que, de una vez o sucesivamente, anticipare. La anotación surtirá, según el precepto, respecto al crédito refaccionario, todos los efectos de la hipoteca. En idéntico sentido el artículo 155 del Reglamento Hipotecario.

El crédito está reconocido que no se inscribió, por lo que la administración concursal y la concursada sostienen que no cumple los requisitos del artículo 90.2 y no puede tener la consideración de crédito con privilegio especial.

Admitiendo todo eso, el demandante sostiene que es de aplicación el artículo 1923 del Código Civil, cuyo apartado 5 establece que, con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor, gozan de preferencia los créditos refaccionarios, no anotados ni inscritos, sobre los inmuebles a que la refacción se refiera, y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los números anteriores del precepto.

Como en el número 3 del artículo 1923 se incluyen los créditos refaccionarios debidamente anotados e inscritos, concluye el actor que la falta de inscripción no hace perder al crédito su carácter privilegiado, sino que sólo afecta a su rango, que pospone a los anteriores del mismo artículo.

Tal argumento, sin embargo, desconoce el principio de especialidad que caracteriza a la Ley Concursal. En situación concursal, la norma especial es la contenida por la citada Ley, y en consecuencia, prepondera la regulación de 2003 a la del Código Civil. Hay una norma específica en la Ley Concursal para los créditos refaccionarios, por lo que no hay razón para acudir a la general del Código Civil.

De hecho, la Ley Concursal modifica el Código Civil en su Disposición Final 1ª, y lo hace para añadir al artículo 1921 del Código Civil, situado en el mismo capítulo que el esgrimido por el actor, un nuevo párrafo segundo, que dispone

«en caso de concurso, la clasificación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal».

En definitiva, cuando el Capítulo II, «De la clasificación de créditos», del Título XVII, «De la Concurrencia y Prelación de créditos» del Libro IV del Código Civil, establece que «los créditos se clasificarán, para su graduación y pago, por el orden y en los términos que en este capítulo se establecen» (art. 1921), disciplinando a continuación respecto a muebles el artículo 1922, para determinados inmuebles el artículo 1923 y respecto a los demás muebles e inmuebles el artículo 1924, se disponen unas reglas que la Ley Concursal deroga para los supuestos de concurso, pues la inclusión de la excepción en el segundo nuevo párrafo del artículo 1921 del Código Civil deja bien a las claras que se ha pretendido la preponderancia de la normativa concursal respecto a la general en tales casos.

Esa interpretación además es la seguida por la mayoría de la doctrina, que ha sido citada por las partes demandadas, de suerte que este aspecto de la demanda, que pretendía la calificación del crédito como privilegio especial debe ser desestimada.

Segundo.- En segundo lugar discute el acreedor la exclusión de su crédito, en cuantía de 3.894,12 euros, procedente de intereses devengados desde la fecha de la solicitud del concurso hasta la fecha de la declaración del mismo. Entiende que al comunicar su crédito con los intereses vencidos hasta el momento de la declaración de concurso, la calificación procedente es, en su totalidad, de ordinario, y discrepa del trato que la administración concursal da en su informe a tal cantidad, que deriva de los intereses devengados entre la fecha de solicitud del concurso y la de su declaración.

Hay que constatar, en primer lugar, que la administración concursal se ha limitado a cumplir con el precepto legal, que dispone como fecha de cierre el de la solicitud de concurso. El artículo 94.1 de la Ley Concursal dice que al informe de la administración concursal se acompañará la lista de acreedores «referida a la fecha de solicitud del concurso». No dispone que sea la fecha en que el concurso es declarado, en cuyo caso la tesis del demandante tendría fundamento. Lo que indica es una fecha cierta, que es la de la presentación.

El sistema que dispone la Ley para la declaración del concurso voluntario puede suponer, en aplicación de los artículos 13 y 14 de la Ley Concursal, cierta dilación entre solicitud y declaración, pues cabe la posibilidad de que se reclame la subsanación de algunos defectos u omisiones (art. 13.2) o la exigencia de documentación complementaria (art. 14.2).

La tesis del demandante es que hay numerosos preceptos de la Ley Concursal (arts. 49, 59, 60 u 88), de los que se desprende que los efectos del concurso se producen desde el auto que lo declara, y no desde la solicitud. Hay que reconocer que así es, y que es además coherente la regulación legal con esas disposiciones que remiten al momento de la declaración para establecer los efectos del concurso.

Los demandados sostienen que, sin embargo, no puede dejarse al albur de la mayor o menor diligencia del juzgado la cuantía del crédito, y que el artículo 3.1 del Código Civil establece que las normas se interpretarán según el sentido de sus palabras. No hay duda de cuál ha sido la expresión de la Ley.

No obstante es prudente realizar una lectura sistemática de la normativa concursal, porque la coherencia a la que obliga la Ley exige atender todas sus previsiones. El sistema que dispone la norma, en materia de calificación y reconocimiento de créditos, es que los intereses tendrán la calificación de subordinados (art. 92-3º). Si los intereses no se devengan desde la declaración de concurso (art. 59.1), los que se produzcan entre la solicitud, momento en que debe realizarse la lista de acreedores, y la declaración de concurso, quedarían excluidos en su totalidad. Además ni siquiera podrían acogerse al beneficio, en caso de convenio, que dispone el artículo 59.2 de la Ley Concursal, es decir, el cobro, total o parcial, de los intereses cuyo devengo hubiese resultado suspendido, al tipo legal o convencional si fuera menor. En caso de liquidación también el artículo 59.2 permite el abono, si hay sobrante, de los «referidos intereses», es decir, de los suspendidos desde la declaración de concurso.

La práctica totalidad de la doctrina ha criticado la expresión legal, destacando la incoherencia de que la fecha de cierre sea la fecha de la solicitud, en lugar del momento de la declaración de la situación de concurso.

No es razonable que la norma establezca que unos intereses que se producen por pacto o disposición legal sencillamente desaparezcan. La Constitución establece en su artículo 33.3 que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las Leyes». En consecuencia, la Ley Concursal no puede ser interpretada (art. 5.1 LOPJ) de forma que se constate un resultado contrario a los preceptos y principios constitucionales.

Hay que tratar de adecuar esas disposiciones legales a la Constitución, porque el crédito por intereses existe. Aunque la Ley ordene cuantificar sólo hasta la presentación de la solicitud de concurso, la suspensión del devengo sólo se produce a partir de la declaración. Entre una y otra se devenga interés, de manera que podrá discutirse su calificación, pero en ningún caso quedar excluido, como ha sucedido con la lista elaborada por la administración concursal.

Además el artículo 49 de la Ley Concursal, cuando define la masa pasiva, dispone que «declarado el concurso» todos los acreedores quedan integrados en ella. El actor es acreedor de los intereses entre la solicitud y la declaración de concurso, y para quedar incluido en la masa hay que resolver cómo calificar el crédito.

En esa tesitura y sin desconocer la previsión del artículo 94.1, la solución más razonable es considerar que los intereses devengados entre la fecha de solicitud del concurso, en la que tiene que incluirse el crédito por la

administración concursal, y la declaración del mismo, que produce la suspensión del devengo, merece la calificación de crédito ordinario, en aplicación del artículo 89.3 de la Ley Concursal. De esta forma ni se vulnera la previsión del artículo 94.1, pues el crédito principal será incluido a la fecha de la solicitud, ni se expropia al acreedor de intereses que se han devengado y que no se suspenden hasta la declaración del concurso.

Tercero.- La última diferencia se centra en la inclusión o no del crédito por costas, las reconocidas por la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia número 7, sentencia pendiente de recurso de apelación. El demandante solicita la inclusión de 85.945,78 euros por este concepto, que los demandados rechazan.

En efecto, la administración concursal y la concursada entienden que ese pronunciamiento de la sentencia es inejecutable provisionalmente y que no cabe otro reconocimiento que el carácter contingente o litigioso, pues así se desprende del artículo 87.3 de la Ley Concursal.

Hay que sentar, en primer lugar, que el artículo 86.2 de la Ley Concursal obliga a incluir «necesariamente» los créditos que «hayan sido reconocidos por laudo o por sentencia, aunque no sean firmes». Cuando el artículo 87.3 habla de créditos contingentes y litigiosos no se refiere a los que ya se han reconocido en sentencia, aunque no sea firme, sino a los que están pendientes de tal reconocimiento porque el procedimiento esté en trámite.

Por ello el argumento de la administración concursal y la concursada carece de base, ya que igual que han reconocido el crédito principal declarado en la sentencia, aunque se haya discutido sobre su privilegio, debe reconocerse el pronunciamiento accesorio sobre costas, que es también parte de la misma y por lo tanto se somete al mismo régimen.

En todo caso, respecto al argumento de que las costas no son ejecutables provisionalmente, se ha desmentido en numerosas ocasiones por nuestra Audiencia Provincial, que admite la ejecución provisional de las costas en Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (secc. 5ª) de 30 de mayo de 1997 y 24 de enero 2001, igual que ha hecho la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 8 de febrero de 2002”.

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MÁLAGA
[Concurso 121/2005] DE 14 DE FEBRERO DE 2006 [Magistrado: Enrique
Sanjuán Muñoz]**

Impugnación de la lista de acreedores.- Créditos contra la masa.- Los créditos por indemnización por extinción del contrato de trabajo sólo pueden considerarse créditos contra la masa cuando tanto la extinción del contrato como los hechos que la provocan sean posteriores a la declaración de concurso, pues sólo entonces pueden considerarse que deriven del ejercicio de la actividad empresarial (art. 84.2-5º).- El tratamiento de los salarios de tramitación en el concurso de acreedores

“(…) La segunda de las cuestiones, correspondientes a la clasificación de los créditos laborales parte de su distribución en función de créditos contra la masa o créditos de la masa en función de los límites temporales previstos en los artículos 84.2-5º y 91-1º de la Ley Concursal. Señala el impugnante, y así lo manifestó en el acto de juicio, que los citados créditos han de ser clasificados conforme al primero de dichos preceptos al haberse producido el *iter* señalado en el que la empresa no optó por la readmisión y se debió acudir al incidente típico que cuantifica la deuda. En fundamento de dicha pretensión alegó la literalidad de la norma, la reanudación que se produce de dicha relación laboral en caso de no optar (arts. 56 ET y 110 LPL) y la doctrina anterior de la que aporta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 24 de julio de 1992 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 30 de julio de 2001.

En otras resoluciones dictadas por este juzgado se ha resuelto de forma contraria a lo señalado por el impugnante con los siguientes argumentos: Las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa (art. 84.2-5º LC) cuando el despido o la extinción se produzca con posterioridad a la declaración del concurso amparado en causas u orígenes posteriores a dicha declaración. Si la causa, demanda, petición de resolución, despido e incluso extinción tiene su origen antes de la declaración del concurso deben recogerse dentro de los créditos concursales por el privilegio del 91.1 de la Ley Concursal en cuanto al límite del mismo, ordinarios o subordinados conforme corresponda. Esto será aplicable tanto al despido como a la extinción derivada de solicitud del trabajador por incumplimiento del empresario (art. 50 ET), pues en cualquier caso el primero parte de una sentencia que no es constitutiva de la situación puesto que el despido tiene efectos constitutivos por sí mismo y, respecto de la extinción puesto que aparece por causas anteriores a la declaración de concurso y por lo tanto el crédito no nace por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que es lo que exige el apartado quinto del artículo 84.2 de la Ley Concursal.

Respecto de los salarios de tramitación la doctrina ha venido conflictuando en su equiparación como salarios o como indemnización correspondiendo por tanto su clasificación conforme a la primera o a la segunda según la entendamos. A favor de una interpretación estricta de salario que asimile los de tramitación a las indemnizaciones aparecen las referencias y distinciones de los artículos 84.2-1º de la Ley Concursal en cuanto sólo recoge salarios frente

al 84.2-5º que recoge salario e indemnizaciones y 91.1 que también se refiere a ambos. El primero de los preceptos citados habla de salario en los mismos términos que el artículo 26.2 del Estatuto de los Trabajadores. La doctrina jurisprudencial social parece acoger este carácter indemnizatorio de los créditos laborales de tramitación (SSTS de 13 de mayo de 1991, 2 de diciembre de 1992, 19 de mayo de 1994, 14 de marzo de 1995, 14 de julio de 1998- que a su vez cita múltiples-, 5 de noviembre de 2002). Por tanto debe tener este mismo tratamiento y, conforme a ello:

- a) Los que corresponden al periodo posterior a la declaración del concurso serán créditos contra la masa del artículo 84.2.5 de la Ley Concursal pues se generan por los días transcurridos tras esa declaración.
- b) Los anteriores a la declaración del concurso serán créditos concursales, computándose por tanto de la siguiente forma:
 - a. Privilegio general del artículo 91.1 en los límites que el mismo señala.
 - b. Ordinarios por los no incluidos.
 - c. Subordinados en cuanto a los intereses.

El artículo 84.2-5º de la Ley Concursal recoge que son créditos contra la masa “los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como..., hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso”. Ello parte del principio recogido en la nueva norma concursal de empresa en funcionamiento y mantenimiento de la actividad profesional o empresarial, correspondiendo al Juez (art. 44 LC) autorizar el cierre de la empresa o unidades productivas o, en su caso, la extinción de las relaciones laborales (art. 64 LC). De no producirse dichos eventos deberemos esperar a la aprobación del convenio (dies ad quem) o a la conclusión del concurso conforme al artículo 176 de la Ley Concursal. El dies a quo (día de inicio) para el cómputo es por tanto el de la declaración del concurso y se extiende hasta alguno de los límites señalados. Pero es necesario tener en cuenta que si esa extinción o despido obedece a causas anteriores que posteriormente son declaradas por los juzgados de lo social hemos de partir de que dichos créditos no “se generan por el ejercicio de actividad profesional o empresarial del deudor” sino que se generan por el incumplimiento de esa misma continuidad en el ejercicio de la actividad profesional o empresarial, en este caso, en referencia a los trabajadores. La causa se sitúa, por tanto, en el momento en que se produce el evento concreto y que en el despido está claro por los efectos constitutivos del mismo desde la fecha en que realmente se produce, pero también en la extinción posteriormente declarada cuando obedezca a incumplimiento derivado de una actuación anterior a la declaración del concurso. Los créditos que se sitúan y devengan con posterioridad a la declaración de concurso, surgidos de la propia actividad de la empresa en concurso son los que debemos calificar como créditos contra la masa. Esta posición se mantiene igualmente y gana si a ello coadyuva el hecho de demanda anterior a la declaración de concurso por la propia litispendencia y, en segundo lugar, por la situación de la empresa concursada de tal forma que si se encuentra cerrada y sin actividad alguna, como es el caso, no es posible encuadrar como gastos generados por el

ejercicio de la actividad profesional o empresarial aquellos derivados del reconocimiento de indemnización como consecuencia del despido, la extinción o la posterior extinción derivada del incumplimiento de la readmisión o de la facultad de opción. La literalidad de la norma por tanto no se manifiesta conforme dice el impugnante y el incumplimiento de la facultad de opción no desvirtúa ni el origen o causa inicial y prístino ni los efectos del despido o la extinción”.

**SENTENCIA DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE OVIEDO
[Incidente 545/2005 del concurso 337/2005] DE 17 DE FEBRERO DE 2006
[Magistrado: Javier Antón Guijarro]**

Crédito con privilegio especial refaccionario.- La graduación de créditos establecida en el Código Civil no opera en el concurso de acreedores.- Inexistencia de privilegio especial del crédito refaccionario por la falta de publicidad exigida por la Ley Concursal para la oponibilidad a terceros.- Imposibilidad de extender la refacción inmobiliaria a determinados bienes muebles

“Primero.- Versa el presente incidente impugnatorio en la pretensión hecha valer por la demandante (...) de obtener la clasificación del crédito de su titularidad como revestido del privilegio especial refaccionario previsto en el ordinal 3º del artículo 90.1 de la Ley Concursal, privilegio que se reclama sobre el local de 104,50 metros cuadrados, propiedad de la concursada (...) y en el que se ejecutaron por la demandante obras de demolición, albañilería, solados, revestimientos, instalación de fontanería, instalación eléctrica con cuadros de mando control, instalación de climatización, carpintería, pintura, decoración y rótulos. La primera consideración que habremos de realizar es la de recordar que la clasificación de créditos contenida en los artículos 1921 a 1925 del Código Civil queda ubicada extramuros de la regulación concursal y por ello limitado su ámbito de aplicación a las ejecuciones singulares y a los conflictos de preferencia que de ellas se puedan derivar, pero no a las ejecuciones colectivas propias del procedimiento concursal como el que nos ocupa, y ello no solo por aplicación de la norma general contenida en el párrafo segundo del artículo 1921 del Código Civil al disponer que «en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido la Ley Concursal», sino por la norma especial prevista en el artículo 89-2 de la Ley Concursal por la cual «No se admitirá en el concurso ningún privilegio o preferencia que no esté reconocida en esta Ley» con lo que excluye la aplicación de cualquier previsión al respecto contenida en Leyes extrañas a ésta. Sentado lo anterior, ello no obsta para que, dado que la Ley Concursal no define qué deba entenderse por crédito refaccionario, debamos ineludiblemente acudir al concepto utilizado por el Código Civil en el artículo 1923-3º y 5º y a la interpretación amplia que de tal figura resulta aceptada por la jurisprudencia tradicional (por todas, la STS 21 julio 2000 invocada por la administración concursal en su contestación) comprensivo no necesariamente de un préstamo, en el sentido técnico-jurídico que ha de darse a este contrato, sino también de aquellos otros que hayan contribuido por modo directo al resultado de una construcción, reparación, conservación o mejora de un inmueble. Ahora bien, cuando la Ley Concursal concede en su artículo 90 a los créditos de tal naturaleza el goce del privilegio especial les viene a dotar de una suerte de reipersecutoriedad semejante a la que resulta inherente a las garantías reales también recogidas en dicha norma. Es por ello que, aún estando fundada la protección de este crédito refaccionario en razones distintas de las que amparan a las garantías reales –tutela del mérito de quien contribuye con su esfuerzo a aumentar el valor de la cosa refaccionada en el primero de los casos frente al reforzamiento del crédito que supone la constitución de la garantía real– ambos, privilegio y garantía real, deben compartir la misma

exigencia de publicidad que sirva para informar a los terceros acerca de las cargas que pesan sobre el activo del deudor. En este sentido es como debe interpretarse el apartado 2 del artículo 90 de la Ley Concursal al disponer que para que el crédito refaccionario, a excepción del que asiste a los trabajadores, pueda ser clasificado con privilegio especial «la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros», lo que viene a exigir la práctica de la anotación preventiva del respectivo derecho en el Registro de la Propiedad (art. 42-8 LH) con la atribución de los efectos propios de una hipoteca (art. 59 LH) que además de facilitar la necesaria publicidad registral posibilite su oponibilidad *erga omnes*, requisitos que al no aparecer formalizados en el caso presente conducen a rechazar la pretensión de la demandante.

Segundo.- Por lo que respecta al privilegio especial también reclamado por la actora en relación con el crédito a su favor dimanante de la adquisición e instalación (...) «del mobiliario, maquinaria y enseres precisos para proceder a la explotación negocio proyectado como bar-cafetería» tal y como dispone la estipulación segunda del contrato firmado entre ambas partes el 24 de julio de 2000, debe excluirse primeramente su consideración como refacción mobiliaria desde el momento en que tales bienes muebles no han sido objeto de labor de obra o reparación sobre ellos, sin que podamos estimar la presencia de ningún otro privilegio especial mobiliario pues tampoco consta que sobre tales bienes pese un derecho de prenda o de retención posesoria. La única posibilidad restante sería la de apreciar una refacción inmobiliaria en el caso de reputar tales bienes como «inmuebles por destino» o «pertenencias» en aplicación del artículo 334-5º del Código Civil, y aun cuando bastaría para desestimar tal pretensión con señalar que en este caso también le resultaría de aplicación los requisitos constitutivos del privilegio especial arriba señalados, cabe además añadir que la misma configuración como refacción inmobiliaria fue ya examinada con detalle por la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2000 con el resultado de descartar que la sola aplicación del artículo 334-5º del Código Civil pueda bastar por sí sola para que el crédito derivado de la venta y montaje de la maquinaria tenga que calificarse de refaccionario, pues tales máquinas tienen en nuestro derecho un régimen generalmente diferenciado al del edificio en que se realiza la industria a que aquéllas se destinan (arts. 111.1 LH y 12.4 LHM), a lo que se une que su calificación en el artículo 334-5º del Código Civil como «inmuebles por destino» no altera su naturaleza de bienes muebles (STS 25 febrero 1992), y así se puede quebrar esa unidad de destino mediante el embargo de los muebles aisladamente del inmueble o mediante la hipoteca de este último que no se extenderá a aquéllos salvo pacto expreso, y finalmente que su origen resulta del todo ajeno a cualquier tipo de «obra» o, como en la segunda acepción de «refaccionario» en el Diccionario de la Lengua Española, de «dinero invertido en fabricar o reparar una cosa».

**AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 3 DE BARCELONA
[Autos 322/2005] DE 1 DE JULIO DE 2005 [Magistrado: José María
Fernández Seijo]**

Efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones y los apremios.- La suspensión de los procedimientos hipotecarios iniciados en el momento de la declaración de concurso tiene carácter excepcional.- Falta de concurrencia de los presupuestos que permiten la suspensión de la ejecución.

“Primero.- (...) El artículo 56 de la Ley Concursal establece la posibilidad de suspender los procedimientos hipotecarios iniciados contra el patrimonio del concursado en supuestos muy excepcionales:

1) Que se trate de hipotecas sobre bienes afectos a la actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad.

2) Que no se haya instado la liquidación en el proceso concursal o que no exista convenio.

3) Que no haya transcurrido más de un año desde la declaración de concurso.

En el supuesto de autos no cabe apreciar las circunstancias que permitirían la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria durante un año:

A. Porque se trata de un concurso declarado respecto de personas físicas, no de una persona jurídica.

B. Porque las personas físicas declaradas en concurso no son en la actualidad administradores de la sociedad que tiene incorporadas parte de las fincas en su actividad profesional o empresarial.

C. Porque en todo caso la actividad empresarial no se desarrolla actualmente por los concursados personas físicas ya que los órganos de decisión y administración de la sociedad tienen suspendidas sus facultades patrimoniales desde 30 de diciembre de 2004.

D. Porque la actividad industrial o empresarial no la realiza la sociedad sobre la que los hoy concursados disponen de la mayoría de sus acciones sino una tercera sociedad, no concursada, a la que se le han cedido temporalmente determinados activos y, en particular, se le han arrendado unas naves que, en parte, están construidas sobre el terreno hipotecado.

E. Porque esa tercera sociedad ha manifestado a la administración concursal su voluntad de abandonar las naves que, en breve quedarán desafectas a dicha actividad.

F. No cabe duda que los problemas derivados de la construcción de parte de las naves de (...) sobre el terreno del que fuera su fundador, administrador y principal impulsor puede plantear importantes problemas prácticos y alguna cuestión de carácter jurídica respecto de la extralimitación de la construcción, pero estos obstáculos en ningún caso son insalvables como para determinar o supeditar la ejecución hipotecaria.

G. Las razones económicas esgrimidas y aceptadas por las partes pueden aconsejar la realización coordinada de las naves propiedad de (...) y los solares aquí hipotecados, razones que no pueden determinar un obstáculo procesal en el procedimiento hipotecario.

H. Tampoco consta que en el concurso (...) se mantenga una verdadera actividad empresarial más allá de esa cesión temporal de activos,

dado que (...) se han resuelto la práctica totalidad de los contratos de trabajo y se ha puesto fin de uno u otro modo a la totalidad de los pedidos pendientes al declararse el concurso. Cuestión distinta es la participación que pudiera tener la concursada (...) o sus accionistas también concursados en otras sociedades españolas o extranjeras.

En definitiva no puede considerarse que las fincas hipotecadas estén afectas a la actividad profesional o empresarial de los concursados personas físicas, sin perjuicio de los reflejos y consecuencias que pueda tener en el concurso (...) la ejecución hipotecaria instada, reflejos y consecuencia derivados de la comunicación entre las fincas, la parcial construcción de una nave sobre el terreno hipotecado y los acuerdos que de hecho pudieran existir entre los hoy concursados y las sociedades que gestionaban y administraban hasta fechas inmediatamente anteriores al concurso (...)."

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL NÚMERO 1 DE MÁLAGA [Autos 1249/2005] DE 22 DE JULIO DE 2005 [Magistrado: Enrique Sanjuan Muñoz]

Efectos de la declaración del concurso sobre las ejecuciones y los apremios.- La continuación de ejecuciones laborales iniciadas con anterioridad a la declaración de concurso. Presupuestos.- Corresponde al juez del concurso determinar si los bienes afectos son o no necesarios para la continuidad de la actividad.- Concepto de bienes necesarios para la continuidad de la actividad. Bienes necesarios de primer y segundo grado.

“Primero.- Ya se ha resuelto en el presente procedimiento y en la misma sección un supuesto de embargo en aplicación del artículo 55 de la Ley Concursal. A esos efectos cabe reproducir dos apartados:

a) Recoge el artículo 55 de la Ley Concursal 22/2003, refiriéndose a los efectos de la declaración de concurso respecto de las ejecuciones y apremios, que declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. No obstante permite que se sigan aquellos procedimientos, en el supuesto que nos ocupa, de ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. De esta forma los requisitos para la afectación de determinados bienes embargados son:

1. Que el embargo se hubiere realizado con anterioridad a la declaración de concurso.
2. Que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor.

En una concepción amplia es evidente que todo bien, incluido el metálico, va a resultar necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional cuando esté directamente relacionado al sistema de producción o de comercialización. En el presente caso nos encontramos con una entidad cuyo objeto social es el sector inmobiliario (compra venta e intermediación). El flujo monetario implica por tanto que la liquidez resulta esencial al objeto mismo de la actividad pues no es posible comprar sin tener líquido e igualmente el líquido obtenido puede resultar de la intermediación y por tanto de cantidades dadas a cuenta para las compraventas que se hayan formalizado. En caso de tratarse de ingresos por beneficios de la intermediación es más discutible su naturaleza necesaria. Sin embargo, hemos de tener en cuenta las diferentes connotaciones de las expresiones utilizadas por el legislador en los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal. En el primero se refiere a «bienes objeto de embargo que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor», mientras que el segundo habla de «bienes afectos a la actividad profesional». El primero comprendería entonces todos los bienes que estén destinados al servicio de la actividad profesional o empresarial del

concurado y por tanto también el metálico, siempre que no resulte de excedente (que en proceso concursal es difícil) y cuyo flujo sea utilizado para su reinversión o actividad ordinaria de la empresa. El segundo quedaría limitado a los bienes indispensables para mantener en funcionamiento los establecimientos del deudor.

b) Se ha discutido por la doctrina, al respecto, cual es el órgano competente para determinar la necesidad del bien en referencia a la administración o al juzgado de lo social. En la actualidad existe planteado una Cuestión de Conflicto entre la Administración Tributaria y un Juzgado Mercantil. La primera argumentaba su competencia mientras que el segundo determinaba que corresponde al juez del concurso resolver sobre dicha necesidad.

Es parecer de este juzgador que corresponde al juez del concurso la determinación de la necesidad del bien a los efectos de las ejecuciones pendientes partiendo de la universalidad del concurso (art. 49 LC) y de que la norma en cuestión contiene una regla general de suspensión y varias excepcionales de continuidad en la ejecución. Al juez del concurso le corresponde decidir la continuidad o no de la actividad profesional o empresarial (art. 44.4 LC, la intervención o suspensión de las funciones de la administración social (art. 40 LC), la decisión sobre las relaciones laborales y de alta dirección de la actividad profesional o empresarial (arts. 64 y 65 LC). Todo ello parte de un principio de la nueva norma concursal como es la continuidad de la actividad profesional o empresarial como criterio general y el control de la administración concursal (como órgano del concurso) y de la autoridad judicial del concurso quien decidirá, en función de los criterios legales, cual es la situación y solución a cada situación de la empresa o actividad. Sin perjuicio de la posibilidad de Conflicto de Jurisdicción que pudiera plantearse procede por tanto determinar que, tal y como señala el artículo 8.1, 3 y 4 de la Ley Concursal, la competencia para determinar la necesidad del bien para la continuidad de la actividad empresarial o profesional corresponde al Juez del concurso, una vez declarado el mismo

Segundo.- En el presente supuesto es un elemento admitido que las providencias de apremio son anteriores a la declaración de concurso y que los derechos de crédito embargados también son anteriores pues se produce en fecha de 18 de abril de 2005, mientras que el auto de declaración de concurso lo es de 4 de mayo de 2005.

De esta forma nos encontramos dentro del supuesto previsto en el artículo 55 de la Ley Concursal y por tanto considerando que no sólo es necesaria la providencia de apremio sino también el embargo concreto de un bien o derecho para poder entrar en el análisis de la necesidad o no del bien para la continuidad de la actividad.

Tercero.- Este último es el punto esencial que se discute y respecto del que, elocuente y profesionalmente, realiza el letrado de la Administración Tributaria, haciendo un análisis pormenorizado de lo que denomina bienes necesarios (donde han de incluirse –al contrario de lo que afirma el citado letrado– tanto bienes como derechos por la vía de la clasificación de bienes muebles e

inmuebles que realiza el Código Civil y a la que hace referencia) partiendo de una clasificación en bienes necesarios de primer grado (los del inmovilizado) y de segundo grado (los del ciclo financiero). Clasificación que este juzgador comparte partiendo además de que la determinación ha de realizarse teniendo en cuenta dos apartados más:

1º. Por un lado la distinción entre bienes necesarios y afectos que realizan los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal y a la que hemos hecho referencia. Siendo así que los primeros suponen una concepción amplia y los segundos una estricta. Esta última vendría referida esencialmente al inmovilizado mientras que en la primera podríamos situar tanto el inmovilizado como el activo circulante.

2º. Que dentro de los bienes necesarios a los que hace referencia el artículo 55 de la Ley Concursal hemos de realizar un análisis no sólo –en los términos realizados por la administración– respecto de la situación contable o económica de la sociedad concursada sino también respecto de la posición que los bienes embargados ocupan en el ciclo financiero de la empresa de tal forma, como ya se ha dicho, que la necesidad queda descartada cuando el destino se dirige a beneficios o para pagos ordinarios (sujetos estos últimos al régimen concursal) pero se pone de manifiesto cuando de no utilizar esos bienes o derechos embargados es de difícil concreción un convenio o una liquidación ordenada. De esta forma la existencia de un embargo de bienes o dinero, como único bien, aunque cumpla los requisitos temporales previstos en la norma, conllevaría la necesidad establecida en la norma cuando, de no declararse así, la viabilidad futura de cualquiera de las dos soluciones anteriores a los efectos de la continuidad de la actividad resultara afectada gravemente.

Partiendo por lo tanto de lo anterior hemos de poner de manifiesto que existe:

a) Una anterior resolución en donde se acuerda la declaración de bien necesario de un embargo de dinero que permite dar liquidez a la sociedad concursada si bien es necesario que en el hacer de la administración se reestructure la empresa encaminándola hacia la conclusión de un convenio o una liquidación ordenada.

b) Que se ha puesto de manifiesto por la administración tributaria el reconocimiento de la consideración como bienes necesarios de los derechos de crédito embargados, sólo en los supuestos en que la entidad no obtuviera por otras vías liquidez suficiente para garantizar su continuidad, es decir, cuando no haya otras fuentes alternativas de obtener liquidez. Y ello conlleva que no basta, por la administración concursal, una mera alegación respecto de la existencia del embargo, sino la justificación –que no se ha realizado– de la necesidad del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial.

Por último también cabe reseñar que el embargo de dichos derechos de cobro realizados temporalmente en los términos del artículo 55 de la Ley Concursal en nada afecta a la continuidad de la actividad, por otro lado garantizada al mínimo con la resolución referida respecto de la necesidad de los bienes

consistentes en dinero embargado, pues lo que no se puede pretender es mantener la empresa o la actividad como si nada hubiera ocurrido, cuando está en una situación de concurso. Y esto es lo que pretende el legislador evitar cuando excepciona de los supuestos de suspensión de ejecuciones los referidos en los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal. No debemos olvidar que nos encontramos con una sociedad concursada cuyo objeto es la intermediación en la actividad inmobiliaria y que por tanto el destino final de los bienes embargados es el que ha de determinar la necesidad, en estos supuestos y conforme se ha dicho, a los efectos del artículo 55 de la Ley Concursal. Destino que no ha justificado la administración concursal pero que, con la resolución referida anterior, se incompatibiliza con el mantenimiento de la actividad tanto en lo referido a personal como respecto del inmovilizado pues el mismo ya se ha garantizado. De procederse de forma contraria o bien la deudora paga voluntariamente o bien se deberá exigir dicho pago y una vez dentro de la masa ese dinero no iría al mantenimiento necesario de la actividad sino a una ordenación de pagos en mayor cuantía o con menor espera, tanto en convenio como en liquidación, pero no a garantizar la continuidad de la actividad que inicialmente ya se ha garantizado.

AUTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL DE VITORIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2005 [Magistrado: Edorta Etxarandio Herrera]

Efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones y los apremios.- La continuación de los apremios iniciados con anterioridad a la declaración de concurso. Presupuestos: no basta la providencia de apremio, sino que es necesario que se haya dictado el embargo con anterioridad a la declaración e concurso.- El bien embargado no ha de ser necesario para la continuación de la actividad.- El juez competente para adoptar la decisión: si no hay acuerdo entre la autoridad ejecutante y el juez del concurso, la decisión habrá de tomarse a través del correspondiente conflicto de jurisdicción

(...) Segundo. La administración concursal y la concursada coinciden en que el Juzgado de lo Mercantil tiene que ordenar la suspensión del apremio de la Seguridad Social, del cual se tiene el conocimiento referencial predicho. La norma de empleo es el artículo 55.1-II «in fine» de la Ley Concursal, que supone una particular excepción a la competencia exclusiva del Juez del concurso respecto de toda ejecución contra el concursado sobre bienes y derechos de contenido patrimonial (arts. 86.ter.1-3.º LOPJ y 8-3.º LC), que se corresponde con la tradicional «vis atractiva» del órgano competente para el procedimiento universal, indispensable para la preservación de la masa activa, y que se traduce en la parálisis ejecutiva sobre el patrimonio del deudor concursado de los órganos de la ejecución singular después de la apertura del concurso.

El precepto promociona tres campos de examen distintos, a saber: 1) Cuáles son los presupuestos de su aplicación, si basta la existencia del procedimiento administrativo y el dictado de la providencia de apremio previo a la fecha de declaración del concurso, o si se exige también el embargo previo. 2) Asumiendo esa última exigencia, la determinación de algo no fácilmente objetivable, sino ambiguo y valorativo, que es el carácter necesario del bien o derecho embargado para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado. 3) Quién es el competente para decidir la aplicación de esta salvedad de ejecución separada.

En cuanto a lo primero, puesto que en la originaria versión prelegislativa de este precepto --introducida en el Anteproyecto por la Subsecretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda-- no existía referencia al embargo, como luego se aceptó relativo al laboral en el mismo texto, pudiera sostenerse que el exclusivo elemento requerido con anterioridad a la declaración del concurso para que pueda no suspenderse el procedimiento administrativo es el dictado de providencia de apremio, pero ello no encuentra un apoyo exegético terminante en la literalidad de la norma promulgada (sólo el femenino «en las que se hubieren embargado», que parece no referirse a los procedimientos administrativos sino sólo a las ejecuciones laborales), y además, resulta tan ajeno a toda la tradición jurídica (de la fecha del embargo como prioridad en la concurrencia), como perfectamente inconsecuente. Si la providencia de apremio no afecta uno o algunos bienes del patrimonio del deudor, y dictada, aun sin notificar, permitiera luego, con independencia de

que se declarara el concurso, apremiar cualquier cosa o derecho de la masa activa, no se produciría una salvedad a la suplencia ejecutiva por las soluciones concursales -convenio o liquidación- fundada en la previa «especialización» de la responsabilidad de un bien para el crédito (en parangón con las garantías reales, pero con raíz procesal), sino una excepción absoluta del principio de universalidad del concurso, como suerte de privilegio del procedimiento administrativo frente a lo jurisdiccional, difícilmente justificable.

Por ello, debe entenderse que la excepción legal es la providencia de apremio en el procedimiento de la Recaudación, simultánea o seguida de un embargo antes de la declaración de concurso del bien que deba entrar en la masa activa, pero que no sea necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

Tercero. Por lo que toca a lo segundo, el problema, si se toma en consideración la diligencia de embargo que aparece en el apremio de la U.R.E. en nuestro asunto, no procede de determinar cuándo se ha producido el embargo, para compararlo con el momento de la declaración del concurso, que es más de tres años posterior, sino de la fijación de esa necesidad o imprescindibilidad del bien embargado para el salvamento de la empresa. Tiene que partirse de que corresponde una interpretación «ad restringenda» como excepción de separación ejecutiva frente a los principios de universalidad y de fuerza atractiva de la competencia del Juez del concurso. Pero por otro lado, si se asume que el concursado es insolvente, difícilmente puede concebirse un ámbito de bienes o derechos que no le sea necesario en concreto de cara a una continuidad, bien de perduración de la empresa, en la misma titularidad o trasladándola, bien para hacer frente a los créditos contra la masa mientras se conserva en orden a su liquidación. Porque lo más sencillo es identificar bienes del patrimonio del concursado que no están afectos a su actividad, como puede ser la vivienda particular de la persona natural con una profesión que se ejerce en otro local, o las cosas muebles de una sociedad mercantil que disfrutan los administradores sociales o altos directivos, sin ligamen con el negocio en sí. De suyo, el artículo 56.1 de la Ley Concursal consagra la noción de bienes no afectos, perfectamente perseguibles con separación por los titulares de garantías reales sobre ellos, o asimilados derechos gravitantes, como sugerencia de que las entidades financieras, dedicadas profesionalmente al crédito, puedan acaso mitigar el endurecimiento de las condiciones crediticias que se propicia para empresas en crisis, por la perspectiva del plazo de «enfriamiento» desde la declaración del concurso (aumento de los gastos de las hipotecas por incremento de la garantía en el año de intereses de dicho plazo, elevación de los tipos, penalización de la movilización de préstamos y créditos con garantía hipotecaria, peores condiciones por el peso de las mayores provisiones por insolvencia, etc.), con la elección de unos ciertos bienes realizables a pesar del concurso, si los hubiera, como objeto de garantía.

Integrando los dos primeros apartados del artículo 56 de la Ley Concursal surge la inteligencia de que el sector de bienes no afectos susceptibles de realización forzosa a pesar del concurso es un círculo distinto del de bienes, aunque a afectos, dentro de los que pueden discernirse aquéllos no necesarios

para la continuidad. Así los bienes no afectos siempre serían irrelevantes para dicha continuidad, y de los afectos, entre los relevantes, sólo algunos además necesarios. Únicamente así es razonable que la ejecución por créditos garantizados sobre estos segundos pueda continuar, pero nunca iniciarse, pendiente el concurso.

La razón de ser las ejecuciones separadas administrativas o laborales, y de la realización de garantías reales, como se percibe, tiene sus coincidencias. El embargo, en tanto que especialización en el valor de un bien determinado, que lo afecta a la resultancia del proceso y dota de reipersecutoriedad, concede una condición de adherencia o «realidad» como la de las garantías reales. Y si el bien embargado no compromete las posibilidades conservativas del procedimiento concursal, al no resultar necesario para la continuidad de la empresa, la diligencia y gastos evidenciados con el embargo madrugador, por preceder a la constitución de la masa activa, se recompensa con una vía de satisfacción rápida en el valor de lo trabado. Por añadidura, los créditos laborales y de la recaudación administrativa están dotados en su mayoría de un privilegio muy intenso, basado en su función social --aunque la separación ejecutiva es un beneficio procesal, que no requiere la constancia de privilegio material alguno--, y tanto la ejecución social como el procedimiento administrativo de apremio, son especiales orgánicamente respecto a la ejecución civil, e informados por principios de oficialidad y celeridad, siendo que la Administración pública adolece de una institucional falta de agilidad, y los trabajadores nulo acceso al mercado de las garantías crediticias respecto del crédito frente al empresario.

Como corolario de lo expuesto, no puede concebirse una excepción que nunca o prácticamente nunca pueda darse, dentro de los bienes afectos a la actividad del concurso, como resultaría de arbitrar un método de aproximación al «bien necesario para la continuidad» de tipo casuista y circunstancial, ya que nada afecto deja de ser necesario para que continúe una actividad aquejada de insolvencia.

A juicio del disponente, el bien necesario ha de serlo por hipótesis, y ligado al proceso productivo, como sirve de apoyo el referente analógico del artículo 275.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, de los bienes que, siendo los susceptibles de embargo e inviable la satisfacción de los créditos por la empresa deudora, en aras de la continuidad de las relaciones laborales subsistentes, puede dar lugar a la suspensión de la ejecución, a solicitud del FOGASA, y declaración de insolvencia que se suele denominar «técnica», para abono de prestaciones de garantía salarial. Lo necesario es lo que, con independencia de la situación financiera y patrimonial del concursado, no puede expropiarse sin paralización de su actividad, y no lo que precisamente por dicha situación contribuiría a la continuidad, que es virtualmente todo.

Así, el inmovilizado tangible o intangible de una empresa será necesario por hipótesis para mantener el proceso de producción de bienes o servicios, y no lo será el almacén de existencias, cuyo destino es, en el giro de la actividad, enajenarse. Parecería más discutible la catalogación de los créditos y los fondos dinerarios. Pero tampoco éstos son por hipótesis inexcusables para

producir, y si la empresa fuera solvente, no dejaría de tener actividad. La necesidad para «salvar» la empresa no es la necesidad para que continúe, prescindiendo del salvamento, que por definición siempre se necesita para una empresa insolvente.

El concurso aúna el interés del conjunto de los acreedores en verse satisfechos en la mayor medida, el de la composición de la empresa por mantenerse, que incluye el interés del mercado en mantener el tejido empresarial, y el del empleo de los trabajadores como colectivo, y en fin, el del deudor, por sobrevivir, o iniciar otros proyectos con el mínimo de rémoras por el fracaso previo. Pero también está la tutela del interés público funcional del crédito de la Recaudación. En este caso, como en el del interés individual del trabajador embargante, protegiendo el crédito que ya ha individualizado bienes de responsabilidad, indirectamente se atiende, también, a la satisfacción y protección de los servicios públicos, y del empleo (...).

Cuarto. En último lugar, se halla el debate sobre quién sea competente para decretar esa necesidad del bien embargado -lo mismo cabría estudiar para el decreto de los otros presupuestos de la norma, pero al ser tan objetivos y fácilmente susceptibles de fijación, no se consideran-.

Hay quienes opinan que siempre debe ser el Juez de lo Mercantil, porque suya es la competencia ejecutiva de la que resulta excepción el art. 55.1. párrafo 2.º de la Ley Concursal, como una suerte de prórroga en favor de ciertos ejecutores singulares, al estilo de acumulación de declarativos de artículo 51.1 de la Ley Concursal; otros se inclinan por conceder la decisión exclusiva al Recaudador o al Juez de lo Social, en tanto que ejecutores en su ejecución, y posiblemente más enterados de la real importancia de lo embargado y de las oportunidades de continuidad de la empresa; y en fin, quienes proponemos que no hay ningún órgano que se imponga por la norma al otro, sino que las circunstancias pueden ser valoradas por cada cual, equidistante el mandato legal a los Juzgados de lo Mercantil y a esos ejecutores excepcionalmente exentos del concurso.

En cualquier caso, no habrá cuestión cuando aparezca conteste la resolución del ejecutor extraconcursal y la del Juez del concurso, porque cuando no, sea cualquiera de las predichas tesis la buena, al no existir mecanismos por los que los órganos respectivos deban secundar las instrucciones que se dirijan entre ellos, nacerá un conflicto de jurisdicción o competencia.

Los conflictos no surgen sólo cuando dos órganos sostienen que detentan potestad atributiva para resolver una cuestión (positivo), o ninguno de los excitados por la parte interesada se considera facultado (negativo), sino también cuando aparece una incompatibilidad física o jurídica en el ejercicio simultáneo de competencias. Entre la ejecución singular, cuya competencia para la U.R.E. no se discute, y el procedimiento concursal, cuya correlativa competencia para el Juez de lo Mercantil tampoco es dudosa, media una incompatibilidad jurídica, ya que la apertura del juicio universal enerva la potestad de los órganos ejecutores para agredir el patrimonio del deudor.

Pero dicha incompatibilidad técnica, regulada en el artículo 55 de la Ley Concursal puede ser valorada de diferente forma por el Recaudador y el Juez concursal, y si de la comunicación que le dirija el segundo al primero, no hay conformidad, se provocará por la colisión de potestades estatales, una jurisdiccional, y otra de la Administración Pública, un conflicto de jurisdicción, puesto que ésta retiene en nuestro sistema la autotutela declarativa y ejecutiva, declarando el crédito público bajo presunción de legalidad, mediante actos dotados de ejecutoriedad a través del procedimiento de apremio, bien que fiscalizables por el orden contencioso-administrativo. El régimen de conflictos se contempla en LO 2/1987, de 18 de mayo, y este Juzgado podría requerir de inhibición ex artículo 9.1 de dicho texto legal, y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción resolvería por sentencia, la cual nos ilustraría, si no hay en verdad conflicto, y por ende, siempre prevalece la resolución del Juez del concurso, o menos verosímil, que lo hace el Recaudador en su apremio, o bien que lo hay, entrando a caracterizar --curiosamente para un órgano de este carácter--, qué es un bien necesario para la continuidad de la actividad de (...).

Aunque en el preciso asunto que nos ocupa pudiera obviarse el conflicto de jurisdicción, dado que como el embargo administrativo parece que se refiere a las resultas de la realización de un crédito que ejecuta este mismo Juzgado, decidiéndose que el procedimiento de la U.R.E. tiene que suspenderse, la nulidad de pleno Derecho prevenida por artículo 55.3 de la Ley Concursal arrojaría que se prescindiera de cumplimentar una orden de retención que se recibiera”.